

UNIVERSITY OF COPENHAGEN



Working paper vedr. rabatter

Den Konkurrenceretlige regulering af rabatter

Bergqvist, Christian

Publication date:
2010

Document version
Tidlig version også kaldet pre-print

Citation for published version (APA):
Bergqvist, C. (2010). *Working paper vedr. rabatter: Den Konkurrenceretlige regulering af rabatter.* (s. 1-44). København.

Konkurrenceretten og rabatter

af

Lektor Christian Begqvist, ph.d.

Den dominerende virksomheds adgang til at indrømme kunder rabat og andre fordele er formentlig et af konkurrencerettens vanskeligste områder. Vanskelig, både fordi rabatter og rabatprogrammer ofte er en kommerciel forudsætning, også for den dominerende virksomhed, og fordi der kun svagt, om overhovedet, kan identificeres en sammenhængende praksis. Både internt under konkurrencelovens § 11, men også i forhold til konkurrencelovens § 6, der netop i disse år synes underkastet en ny og markant nyfortolkning. Nyere rabatpraksis indiker dog en bevægelse, også i bedømmelsen af den dominerende virksomheds adgang til at indrømme rabat og konkurrencelovens § 11.¹

Henover årene har det viste sig vanskeligt, at opstille en klar og sammenhængende tilgang til bedømmelsen af rabatter under konkurrencelovens § 11 og det tilsvarende bestemmelse i EU retten, Artikel 102.² Derudover eksisterer der en inkonsekvens. Ikke blot i forhold til den underliggende økonomiske teori, som normalt ser favorabelt på rabatter, men også i forhold til den langt mere pragmatiske, og økonomiske tilgang til loyalitetsaftaler bedømt efter konkurrencelovens § 6. En nuance, der ikke fuldt ud kan tilskrives bestemmelseernes forskellige anvendelsesområde da også det dominerende selskab kan have et legitimt behov for at binde kunderne til sig i længere tid mhp. at kunne optimere produktionen.³ Derudover befinder konkurrencerettens sig på flere punkter midt i et vadested. Siden starten af 00'erne

¹ Notatet er opdateret til og med oktober 2014 og bemærkninger modtages gerne til cbe@jur.ku.dk

² Den omfattende (og restriktive) EU/DK praksis står i kontrast til USA, hvor rabatter traditionelt ikke har givet anledning til indgreb fra de føderale konkurrencemyndigheder, jf. Note by the United States for the "Roundtable on loyalty or fidelity discounts and rebates", 29. maj 2002, OECD. Nyere US praksis indiker dog et opbrud heri.

³ For en gennemgang af den økonomiske kritik af traditionel restriktiv praksis se fx Francisco Enrique Gonxalez-Diaz & Robbert Snelders *Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, Claeys & Casteels 2013, pp. 334-347.

har bedømmelsen efter konkurrencelovens § 6 ændret sig til fordel for en sontring mellem aftaler, hvis *objekt* er at begrænse konkurrence overfor aftaler, der alene har dette som (indirekte) *effekt* og hvor de sidste alene fordømmes på baggrund af en omfattende og konkret analyse.⁴ Noget tyder på at samme sontring har fundet, eller er ved at finde vej til konkurrencelovens § 11 så nogle adfærdsformer næsten per se er forbudte, mens andre alene bedømmes på baggrund af en omfattende effekt analyse. Problemet er at transformationen hverken er komplet eller entydig. Det er altså vanskeligt klart at udpege de adfærdsformer, som skal underkastes en effekt analyse og dem hvor dette ikke er relevant, og derved også at angive grænsen mellem den lovlige og ulovlige rabatpraksis.

I denne artikel skal nogle retningslinjer forsøges opstillet for bedømmelsen af rabatter, hvilket sker med udgangspunkt i EU-praksis relateret til dansk praksis. Danske virksomheder med dominerende markedspositioner vil normalt være omfattet af begge, hvortil kommer, at Dansk Konkurrenceret bygger på et princip om EU-konformitet.⁵ Hvor det er muligt, er EU-Kommissionens *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings* fra 2009, herefter ”*Enforcement Paper*”⁶ indarbejdet, hvilket navnligt er i forhold til de loyalitetsskabende rabatter. De diskriminatoriske rabatter er ikke behandlet heri,⁷ men mange af principperne kan overføres til de diskriminerende rabatter og parallelle retningslinjer derved opstilles. Retskildeværdien af *Enforcement Paper* er genstand for en vis uklarhed, bl.a. da EU-Kommissionen i konkrete sager⁸ har fremført, at den heri opstillede analyse ikke er en del af misbrugsanalysen, mens domstolene har antaget, at de i hvert fald ikke finder anvendelse på sager fra før udstedelsen.⁹ Endvidere har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indtaget det

⁴ Jf. Richard Whish & David Bailey, *Competition law*, 7. udgave, Oxford 2012, pp. 115-136.

⁵ Der eksisterer en del ældre dansk konkurrencepraksis vedrørende rabatter fra førend EU tilpasningen jf. nærmere i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat, *Prisdiskriminering i relation til konkurrenceloven* fra 1998.

⁶ EU-Kommissionens udkast til retningslinjer, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, er indarbejdet, hvor interessante overvejelser ikke er overført til den endelige udgave.

⁷ EU-Kommissionen tilkendegav oprindeligt en intention om at udsende en vejledning vedr. diskriminerende adfærd, jf. MEMO/05/486 - *Commission discussion paper on abuse of dominance - frequently asked questions*.

⁸ Se COMP/C3/37.990 - *Intel*, fx pkt. 1002 og 1760, opretholdt ved sag T-286/09 - *Intel*.

⁹ Jf. sag C-549/10P – *Tomra*, præmis 81 samt sag T-286/09 - *Intel*, præmis 155.

synspunkt, at *Enforcement Paper* ikke binder nationale konkurrencemyndigheder.¹⁰ Alle elementer skaber i sagens natur en vis uklarhed.¹¹ Derudover har dansk praksis (traditionelt) været styret af en "ældre" og negativ indstilling til forskelsbehandling (diskrimination), hvis den rammer små og mellemstore virksomheder, hvilket giver anledning til en række "nuanceforskelle" i forhold til den EU-retlige tilgang til rabatter med diskriminatoriske elementer.¹² Omvendt indtager dansk praksis en mere "afslappet" tilgang til diskriminerende rabatter, der alene rammer slutbrugerne eller har en geografisk dimension. Begge dele giver anledning til indgreb under EU retten.

Artiklen gennemgår alene rabatters forenelighed med Artikel 102 i Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde, herefter "Artikel 102", samt den parallelle danske § 11 i konkurrenceloven, herefter "KL § 11". Formuleringen af Artikel 101 i Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde og konkurrencelovens § 6 samt "ældre" dansk praksis har indikeret, at vertikale aftaler om rabatter eventuelt kunne bedømmes efter disse bestemmelser, hvis der var et diskriminerende element i forhold til tredjepart. Grundlæggende må det anses for "forkert" at forfølge rabatter efter konkurrencelovens § 6,¹³ om end der fortsat findes eksempler herpå i (nyere) dansk praksis. Således gribes der ind overfor vertikale aftaler i *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*,¹⁴ fra 2004 og *Fritz Hansen-rabatkomplekset*¹⁵ fra 2006. Selvom Fritz Hansen, i den sidste sag, næppe kan anses for dominerende, blev den lukket på baggrund af en tilsagnspakke, der bl.a. begrænsede anvendelsen af omsætningsafhængige ra-

¹⁰ Se *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 482, note 96.

¹¹ Spørgsmål om den obligatoriske anvendelse af den opstillede analysemodel er forelagt EU Domstolen, som sag C-23/14 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, der er en udløber af Konkurrencerådet afgørelse af 24. juni 2009 - *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*.

¹² "Problemet" med den negative danske tilgang til rabatter, der gør forskel mellem store og små virksomheder, er fraværet af et teoretisk fundament for at anse disse for konkurrencebegrænsende. Beskyttelsen af små virksomheder er primært en socialpolitisk problemstilling, der ikke bør forfølges indenfor rammerne af konkurrenceretten.

¹³ Jf. nærmere hos Katja Høegh "*Hvor snævre grænser gælder for større virksomheder og dominerende virksomheders rabat og bonussystemer?*", UfR 2002B 32 samt Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. januar 2002 om MD Foods, der synes at tage afstand herfra.

¹⁴ *Daniscos salg af industrisukker - rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004.

¹⁵ *Fritz Hansen A/S' partneraftale*, Rådsmødet den 20. december 2006.

batter, mens der i *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, mere generelt blev opstillet en sondring mellem helt ensidigt fastsatte aftale vilkår, og vilkår, der havde været genstand for en forhandling. Artikel 101 i Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde og konkurrencelovens § 6 kunne herefter anvendes i forhold til de sidste.¹⁶ Rabatters bedømmelse efter Artikel 101 i Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde og konkurrencelovens § 6 behandles dog ikke nærmere nedenfor¹⁷. Det bør dog ikke overses, at der navnlig i tilknytning til diskriminatoriske rabatter kan være visse grænseflader mellem et misbrug af en dominerende stilling og forskellige former for vertikale aftaler, idet diskriminatoriske rabatter, uforenelige med Artikel 102/KL § 11, implicit har en vertikal karakter. Derudover kan en horisontal aftale om, at alene udvalgte selskaber eller personer skal (eller ikke skal) indrømmes en rabat (kollektiv boykot), være uforenelig med Artikel 101 Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde og konkurrencelovens § 6 og derved yderligere give en fællesmængde i forhold til Artikel 102 og KL § 11.¹⁸

Der sondres nedenfor kun entydigt mellem EU- og dansk praksis, hvor materielle forskelle eksisterer. Referencer til Artikel 102 vil således også dække referencer til KL § 11, uanset om dette konkret er sket, medmindre andet angives. Uanset Lissabontraktaten nybetegnelse af Den Europæiske Unions EU-Domstolen' to instanser, som henholdsvis "EU-Domstolen" og "Retten" er det fundet hensigtsmæssigt at referere hertil som henholdsvis "EU-Domstolen" og "EU-Retten" mhp. at synliggøre forskellen på nationale og

¹⁶ Se pkt. 95-97.

¹⁷ Se nærmere hos Katja Høegh "*Hvor snævre grænser gælder for større virksomheder og dominerende virksomheders rabat og bonussystemer?*", UfR 2002B 32, navnlig p. 39, for gennemgang af denne "ældre" dansk praksis samt hvorfor den er uhensigtsmæssig. Den forældede danske praksis omfatter formentlig afgørelser såsom *Odder Barnevognsfabrik A/S' autoriserede forhandlerbetingelser*, Rådsmødet den 31. maj 2000; *C.K. Chokolades samhandelsbetingelser og bonusaftaler*, Rådsmødet den 28. april 1999; *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*, Rådsmøde den 16. juni 1999, for så vidt angår anvendelsen af konkurrencelovens § 6; *Favørs lagerhotelaftale*, Rådsmødet den 29. marts 2000, for så vidt angår loyalitetsrabatterne, *Sonofons standard storkundeaftaler*, Rådsmødet den 25. August 1999 samt *EjendomsAvisens annonceaftaler*, Rådsmødet den 21. juni 2000.

¹⁸ En horisontal aftale om anvendelsen af en identisk rabatskala blev fx anset uforenelig med konkurrencelovens § 6 i *Anmeldelse af lægemiddelgrossisternes rabataftale*, Rådsmødet den 30. september 1998. Se tilsvarende *EKKO's klage over diskriminerende fragttillæg*, Rådsmødet den 27. oktober 1999, og eventuelt *Clearing af taxiboner og kontokort i Storkøbenhavn*, Rådsmødet den 31. maj 2006. I den sidste blev en kollektiv boykot af en konkurrent fx fundet uforenelig med både konkurrencelovens § 6 og KL § 11.

EU domstolene. Det skal også bemærkes, at der nedenfor forsøges sondret mellem ikke blot danske og EU sager, men tillige hvilke instanser, som har knyttet de principielle betragtninger til sagen. Det kan fx være Konkurrencerådet, Konkurrenceankenævnet eller de efterfølgende domstole. Såfremt den oprindelige sag er fastholdt hele vejen giver dette ikke anledning til redaktionelle noter. Omvendt sker det, navnlig i EU systemet, at der justeres i begrundelserne hvilket skaber behov for præcis reference. Endelig har enkelte virksomheder (Post Danmark) ikke blot været involveret i et betydeligt antal konkurrencesager, men tillige sager både på dansk og EU plan. Der søges sondret herimellem ved at tildele sagerne et navn samt entydigt referer til hvor, dvs. af hvilken myndighed, de er bedømt.

1. Rabatter og det konkurrenceretlige problem

De mest oplagte konkurrenceretlige problemer, der kan identificeres i forhold til rabatter, omfatter spørgsmålet om:

- a) Den dominerende aktørs generelle adgang til at indrømme rabatter og andre fordele.
- b) De specielle forhold knyttet til forskellige former for stordriftsfordele mv., der eventuelt kunne henholdsvis legitimere eller kvalificere anvendelsen af rabatter.
- c) Ekskluderingen af en aktuel konkurrent på det umiddelbare marked, eventuelt skabelsen af "kunstige" adgangsbarrierer og switching costs, således at potentielle konkurrenter holdes ude eller nede ("foreclosure", inklusiv "diskriminerende foreclosure").
- d) Forvridningen af konkurrencen på et downstream placeret marked, når kun udvalgte kunder opnår en rabat (diskrimination).
- e) Begunstigelse af et datterselskab eller et vertikalt integreret aktivitetsområde på et downstream placeret marked.

Ovenstående konkurrenceretlige problemer repræsenterer ikke doktrinære sondringer, men derimod de forskellige situationer en dominerende virksomhed, dens kunder og konkurrenter kan stå i. I praksis kan der, ifølge gennemgangen nedenfor, navnlig sondres mellem a, b og c overfor d og e, idet de to sidste er forhold, der alene er relevante i tilknytning til spørgsmålet om diskrimination.

I artiklen søges alle disse forhold behandlet indenfor samme ramme. Der gøres i forbindelse hermed relativt meget ud af at behandle den nærmere teoretiske begrundelse for at anse et rabatsystem for konkurrencebegrænsende for at lette analogifortolkninger, fx til nye retlige problemstillinger, der endnu ikke har foreligget til behandling. I forlængelse af det sidste bruges endvidere en række økonomiske termer, fx *foreclosure*, der beskriver "lukningen" af et marked, således at anvendelsen af (engelsksprogede) teoretiske fremstillinger lettes. Konkurrenceretligt er *foreclosure* og *ekskludering* det samme, om end det ikke bør overses, at en konkurrencebegrænsning ikke forudsætter egentlig ekskludering af en konkurrent. Alene den disciplinerende effekt knyttet til, at denne retter ind efter den dominerende aktør vil, efter omstændighederne, kunne være tilstrækkelig til, at konkurrencepresset lettes og et misbrug foreligger.¹⁹

2. Rabatter og konkurrenceretten – de relevante sondringer

Set fra en juridisk synsvinkel kan rabatter udgøre et misbrug af en dominerende stilling på flere måder:

- a) Rabatten har en loyalitetsskabende effekt, der erstatter en egentlig eksklusivaf tale, hvormed markedet lukkes (*forecloses*) for konkurrenterne (Artikel 102, litra b, og KL § 11, stk. 3, nr. 2).
- b) Rabatten har en diskriminatorisk karakter, der forvrider konkurrencen på et downstream placeret marked (Artikel 102, litra c, og KL § 11, stk. 3, nr. 3).
- c) Rabatten indrømmes kun, hvis komplementære produkter aftages (koblingsrabatter), hvorved der sker en kombineret udnyttelse af kunderne og *foreclosure* af konkurrenterne (Artikel 102, litra d, og KL § 11, stk. 3, nr. 4).²⁰

¹⁹ Jf. *Enforcement Paper*, pkt. 68, der dog specifikt vedr. misbrugsformen, predatory pricing. Princippet kan dog rimeligvis overføres til andre misbrugsformer. Tilsvarende fremhæves evnen til at skabe adgangsbarrierer via rabatter som et konkurrenceretligt problem i *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. november 2000 samt sag T-286/09 – *Intel*, præmis 150 mens sag T-336/07 - *Telefónica, SA*, recital 279 kobler misbruget (margin squeeze) sammen med den strategiske øgning af konkurrenternes omkostninger og tidspunktet hvor et overskud kunne realiseres.

²⁰ Koblingsrabatter omtales ofte som mixed bundling.

Der er en fællesmængde mellem de tre områder og litraerne i Artikel 102 og KL § 11. I de to EU-sager *Suiker Unie*²¹ og *Hoffmann La Roche*²² var rabatterne uforenelige med såvel Artikel 102, litra b, og Artikel 102, litra c, som følge af deres kombinerede loyalitetsskabende og diskriminatoriske effekt. Tilsvarende forelå der både et diskriminerende element og et koblingsselement i EU-sagen *British Sugar/Napir Brown*,²³ og den danske sag *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*,²⁴ hvor kunder, henholdsvis ikke fik en rabat ved selv at afhente produkterne eller netop fik en rabat, hvis de benyttede samme rederi ved passage af både Østersøen og Øresund.²⁵ Endelig har selektive rabatter, med ekskluderende elementer, en fælles mængde med begrebet predatory pricing, der enten behandles som en selvstændig misbrugsform eller indenfor rammerne af ekskluderende diskrimination.²⁶

Almindeligvis er det dog ikke afgørende at koble en rabat med et af litraerne i konkurrencelovens §11 eller en bestemt form. Det afgørende er effekten.²⁷ Nedenfor gennemgås først loyalitetsrabatter, hvorefter de diskriminatoriske rabatter gennemgås. Som allerede indikeret er opdelingen delvis kunstig, og det bør altså ikke overses, at der er et overlappende område. Endvidere er det ikke entydigt efter hvilke principper selektive prissænkninger skal bedømmes, hvorfor en vis dobbelthed i behandlingen heraf vil forekomme. Koblingsrabatter og bedømmelsen efter Artikel 102, litra d og KL § 11, stk. 3, nr. 4, behandles kun meget sporadisk, da praksis ikke giver anledning til at udsondre disse i forhold til loyalitetsrabatter.

3. Det konkurrenceretlige misbrugsbegreb og rabatter

Det følger af *Hoffmann-La Roche*²⁸ og *AKZO*,²⁹ at det konkurrenceretlige misbrug er et objektivt begreb. Det afgørende kriterium for at henføre en ad-

²¹ De forenede sager C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, p. 1663, navnlig præmis 518-528.

²² Sag C-85/76 - *Hoffman La Roche*, Sml. 1979, p. 461, se navnlig præmis 90.

²³ Sag IV/30.178 - *Napir Brown - British Sugar*, EFT 1988L 284/41. Der henvises dog ikke til Artikel 102, litra c.

²⁴ *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*, Rådsmødet den 28. januar 1998, hvor rabatten dog alene betegnes som diskriminerende.

²⁵ Se også EU sagerne C-85/76 - *Hoffman La Roche*, Sml. 1979, p. 461 og T-30/89 - *Hilti*, Sml. 1991, p. II.1439 samt den danske sag *DBC medier as*, Rådsmødet den 22. juni 2005.

²⁶ Jf. nærmere hos Kirsten Levinsen m.fl. *Konkurrenceloven*, DJØF 2009, pp. 780-789.

²⁷ Jf. fx Sag C-95/04 - *British Airways*, præmis 58.

²⁸ Præmis 91.

færd under Artikel 102 er, hvorvidt denne direkte eller indirekte kan skade konkurrencen. Den objektive tilgang til bedømmelsen af en rabat er fremhævet i nyere dansk praksis. I *TV 2' priser og betingelser*³⁰ fra 2005 bemærkes det fx, at:³¹

"... ifølge retspraksis, er det ikke nødvendigt at vise et rabatsystems konkrete virkning på markedet. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at konstatere, at rabatten har til formål at begrænse konkurrencen eller med andre ord, at den dominerende virksomheds adfærd er egnet til at have en sådan virkning."

Tilsvarende, og måske endnu mere restriktivt, blev det *SuperGros' samhandelsbetingelser*,³² fra 2007 fastslået, at:

For så vidt angår en dominerende virksomheds rabatsystem, vil det være i strid med konkurrencelovens § 11 og [artikel 102], hvis rabatterne ikke kan begrundes objektivt i markedsforholdene.

Den objektive karakter af misbrugsbegrebet betyder endvidere, at det subjektive formål, eventuelt god tro omkring den konkurrencebegrænsende effekt, som udgangspunkt er irrelevant.³³ I *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*³⁴ gik EU-Kommissionen endog endnu længere ved at påpege, at der end ikke kunne formuleres et krav om, at den dominerende virksomhed realiserede en fordel.³⁵ Den objektive karakter af misbrugsbegrebet bør dog ikke ubetinget slå igennem i forhold til rabatter. Dels må en omkostningsbegrundelse accepteres som legitim begrundelse, uanset en eventuel konkurrencebegrænsende effekt, og dels kan eventuel subjektiv elimineringshensigt tælle som et skærpende element.³⁶ *Michelin II*³⁷ må dog formentlig ud-

²⁹ Sag C-62/85, *AKZO*, Sml. 1991, p. I-3359, præmis 69.

³⁰ *TV 2's priser og betingelser*, Konkurrencerådets afgørelse af 21. december 2005. Dele af afgørelsen blev efterfølgende underkendt af Konkurrenceankenævnet, men ultimativt opretholdt af både Østre Landsret og Højesteret. Det sidste ved dennes dom af 18. marts 2011

³¹ Se pkt. 183. Se tillige sag T-203/01 - *Michelin II*, Sml. 2003, p. II-4071, præmis 239 samt de forenede sager C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, p. 1663 præmis 518-528.

³² *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet 30. august 2007, pkt. 140.

³³ Se dog sag T-271/03 - *Deutsche Telecom*, præmis 192 samt generaladvokatens indstilling i sag C-681/11 - *Schenker*, der begge synes at anerkende betydningen af god tro.

³⁴ Sag IV/36.888 - *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 5/55, pkt. 102.

³⁵ Se tilsvarende sag C-549/10P - *Tomra*, fx præmis 73, hvor EU Domstolen afviser at tillægge det betydning at prisen ikke engang var tabsgivende.

³⁶ Jf. i denne retning bl.a. sag 549/10P - *Tomra*, præmis 20.

lægges således, at der gælder forholdsvis strenge beviskrav for eventuelle omkostningsbegrundelser og derved, at udgangspunktet (fortsat) er effekten af en rabat - uanset eventuelle mere subjektive begrundelser, jf. ovenfor.³⁸

Traditionel synes praksis kun i begrænset omfang at indikere et behov for at sondre mellem forskellige former for rabatter.³⁹ I praksis er rabattyper såsom målrabatter, bonus, forudbestillingsrabatter,⁴⁰ kontant betaling,⁴¹ markedsføringstilskud⁴² og selektive prisnedsættelser⁴³ da også blevet bedømt (og fordømt). Ligeledes er en prisdifferentiering betragtet som en rabat,⁴⁴ og det er ikke afgørende om rabatten er udbudt generelt og bredt eller reserveret udvalgte kunder, evt. alene kunder placeret i et geografisk afgrænset område.⁴⁵ EU sagen *Intel*⁴⁶ opstiller dog en sondring mellem a) kvantum rabatter, normalt legale b) loyalitetsrabatter, normalt per se forbudte og c) andre former for rabatter, der må undersøge konkret. Implicit heri kan der ligge et behov for at sondre jf. nærmere nedenfor.

³⁷ Sag T-203/01 - *Michelin II*, Sml. 2003, p. II-4071.

³⁸ Se ligeledes *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet 30. august 2007, pkt. 140-142 med yderligere referencer, der reelt syntes at fordømme alle former for rabatter, medmindre de tjener et objektivt formål.

³⁹ Jf. *Hoffmann La Roche*, præmis 96, er den nærmere betegnelse for en rabat irrelevant. Det afgørende er dens effekt. Se tilsvarende sag C-95/04 - *British Airways*, præmis 68 samt sag T-203/01 - *Michelin II*, Sml. 2003, p. II-4071, præmis 91. Jvf. Nærmere nedenfor synes nyere praksis dog at diktere et behov for at sondre mellem forskellige rabattyper.

⁴⁰ Se fx *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004 og *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. december 2000, hvor en forudbestillingsrabat blev henholdsvis accepteret og fordømt.

⁴¹ Sag T-286/09 – *Intel*, præmis 199-207.

⁴² Markedsføringstilskud er blevet bedømt i *Arla Foods rabatter og markedsføringstilskud*, Rådsmødet den 30. marts 2005, navnlig pkt. 70-73, og sidestilles her med en ikke omkostningsbegrundet rabat. Se tilsvarende *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren*, Rådsmødet den 26. oktober 2005, bl.a. pkt. 167, hvor anvendelsen af markedsføringstilskud forstærker effekten af indgåede eksklusivaftaler.

⁴³ I de forenede sager C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, p. 1663, blev rabatten bl.a. ydet som et prisnedsdrag, hvilket ikke påvirkede bedømmelsen, og fordømmelsen, jf. præmis 513.

⁴⁴ Se fx *Københavns Lufthavne A/S' terms of use for CPH GO*, Rådsmødet 21. december 2011.

⁴⁵ Jf. sag T-228/97 – *Irish Sugar*, Sml. 1999, p. II-2969, navnlig præmis 221.

⁴⁶ Sag T-286/09 - *Intel*, præmis 75-78

Den med Artikel 102 eller KL § 11 uforenelige adfærd er således prissænkningen, der sker, uden at der foreligger en modydelse,⁴⁷ og som har en foreclosure effekt (loyalitetsrabatterne), en diskriminerende effekt (diskriminerende rabatter), eller hvor der sker en kobling mellem produkter og tjenester (koblingsrabatter).

4. Loyalitetsrabatter

Det følger fra *Hoffmann La Roche*, navnlig præmis 89, at i det omfang en rabat har samme effekt eller formål som en formel eksklusivtetsaftale, behandles denne efter samme retningslinier, hvilket navnlig vil være tilfældet, hvis en rabat alene indrømmes, hvis hele efterspørgslen dækkes hos den dominerende aktør, og derved skaber en form for formel loyalitet overfor denne. Af *Intel*⁴⁸ følger endvidere, at eksklusiviteten ikke behøver at være eksplicit, dvs. nedfældet skriftligt. Indirekte beviser, herunder navnlig ”opfattelsen” hos kunderne er tilstrækkelig til at betegne en rabat som betinget af eksklusivitet.⁴⁹ Det afgørende er om summen af forhold jf. *Tomra*⁵⁰ understøtter at udsagn eller tanker om at blive, eller forblive, ”...preferred, main or primary supplier...” har et reelt og konkurrencebegrænsende indhold og at de enkelte rabatelementer understøtter dette. Ligeledes følger det fra bl.a. *Intel*, at det er irrelevant om koblingen mellem rabatten og loyaliteten skabes på anmodning eller initiativ af kunderne.⁵¹ Den dominerende virksomhed er genstand for en særlig forpligtelse til ikke at skade konkurrencen. Endelig følger det af *Hoffmann La Roche*⁵² og *Michelin I*,⁵³ at andre former for rabatter end ovenstående (eksklusivrabatter) vurderes på baggrund af:

”..... samtlige omstændigheder, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten som en fordel, hvortil der ikke har svaret nogen begrundet modydelse af økono-

⁴⁷ Jf. sag 322/81 - *Michelin I*, Sml. 1983, p. 3461, præmis 65. Bemærkningen vedrørte de kriterier, som skal lægges til grund ved bedømmelsen af en rabat, men synes dog omvendt også at rumme loyalitetsrabattens karakteristika (fraværet af en modydelse) og derved en form for definition herpå.

⁴⁸ COMP/C3/37.990 - *Intel*. Opretholdt ved sag T-286/09 - *Intel*.

⁴⁹ Se fx COMP/C3/37.990 - *Intel* pkt. 217-218, 235-237, 268, 306, 348-349, 360, 627-658 samt 689 for eksempler på referencer til den subjektive opfattelse hos kunderne.

⁵⁰ Sag COMP/E-1/38.113 - *Prokent/Tomra*, navnlig pkt. 114-118. Opretholdt ved T-155/06 - *Tomra* Sml. 2010, II, p. 4361, præmis 59.

⁵¹ Jf. COMP/C3/37.990 - *Intel* pkt. 920 og 964 med referencer til yderligere praksis.

⁵² Se præmis 90.

⁵³ Sag C-322/81 - *Michelin I*, Sml. 1983, p. 3461, præmis 73.

miske art, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet”

I praksis er det navnlig progressive, dvs. anvendelsen af rabattrin og retroaktive rabatter, hvor rabatten indrømmes på hele købet i bonusperioden, dvs. inklusiv tidligere foretagne indkøb, som er blevet fordømt.⁵⁴ I den danske sag *SuperGros’ samhandelsbetingelser*,⁵⁵ fra 2007, kunne analysen således åbnes med en bemærkning om, at

”Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse indeholder prissystemet de centrale kendetegn for et loyalitetsskabende rabatsystem. Der er tale om en progressiv, retroaktiv rabatskala med rabatspænd på mellem 14-17 procentpoint og med en referenceperiode på 12 måneder for en væsentlig del af SuperGros’ kunder. Der er desuden tale om et rabatsystem, som forekommer uigennemsigtigt og uoverskueligt.”

Senere bemærkes det, med udgangspunkt i EU praksis, at⁵⁶

Af speciel interesse for den konkrete vurdering af den loyalitetsskabende effekt er størrelsen af rabatspændet, eventuelle rabattrin, retroaktivitet samt referenceperioden.

Den loyalitetsskabende effekt ved det progressive og retroaktive rabatprogram blev yderligere forstærket af en kobling mellem markedssegmenter, således at indkøb indenfor et område kunne medføre skalaløft på andre.⁵⁷

Ud over egentlige eksklusivrabatter, og variationer herover, har praksis navnlig behandlet målrabatter med kumulerede (retroaktive) elementer,⁵⁸ hvor en rabat eller bonus alene opnås, hvis individuelle fastlagte mål realiseres, fx en 10 %’s stigning i indkøbet i forhold til året før eller indkøb fra forskellige produktkategorier. Effekten af en sådan rabat vil nemlig være, at

⁵⁴ Se tillige Østerlandsrets dom af 22. juni 2009 vedr. TV 2 priser og betingelser, bl.a. pp. 124 og 125, hvor det noteres, at TV 2 i praksis altid er sikret en vis grundomsætning og rabatten derfor skal bedømmes i forhold til marginalvirkningen og derved fremstår som både progressiv og retroaktiv.

⁵⁵ *SuperGros’ samhandelsbetingelser*, Rådsmødet 30. august 2007. Sagen blev lukket ved et tilsagn jf. konkurrencelovens § 16a, og der er derfor i princippet ikke ultimativt taget stilling til rabatternes forenelighed med kl. § 11 og artikel 102.

⁵⁶ Se pkt. 144 samt 184 – 205.

⁵⁷ Se pkt. 14 samt 213 – 215.

⁵⁸ Hvilket dækker over, at rabatten indrømmes på det samlede indkøb, dvs. også indkøb, som allerede er foretaget, hvorved marginalprisen i visse spænd bliver negativ.

det bliver uforholdsmæssigt omkostningstungt at inddække mindre indkøb hos konkurrerende leverandører, hvorved markedet lukkes i forhold til disse (foreclosures). I *Hoffmann La Roche* blev rabatterne bl.a. ydet som målrabatter, der blev indrømmet på baggrund af kundens forventede indkøb på årsbasis, og under anvendelsen af en progressiv procentsats, der steg i forhold til den del af behovet, som blev dækket ved indkøb hos den dominerende aktør. I *Michelin I*⁵⁹ var der opstillet og anvendt et rabatsystem med en variabel årsrabat, der blev fastlagt på baggrund af en kombination af indkøbet året før samt realiseringen af en række fikserede afsætningsmål, der ligeledes var fastlagt på baggrund af indkøbet året før. I forbindelse med rabatsystemet i *Michelin I* fastslog EU-Domstolen, at rabatter, der blev fastlagt på baggrund af indkøb over en forholdsvis lang referenceperiode, kunne udsætte forhandlerne for et urimeligt pres, navnlig hen imod slutningen af året, og som følge heraf være uforenelige med Artikel 102. I præmis 85 bemærkes det herefter, at:

"I en sådan situation vil forhandlerne kunne være afskåret fra til enhver tid frit og afhængigt af markedssituationen at vælge det gunstigste af de tilbud, der fremsættes fra forskellige konkurrenters side og fra at skifte leverandør uden mærkbar økonomisk ulempe. Forhandlernes valgmuligheder med hensyn til indkøb begrænses, og konkurrenternes adgang til markedet bliver vanskeligere. Hverken et ønske om at sælge mere eller om en bedre produktionsplanlægning kan begrunde en sådan begrænsning af kundens valgfrihed og uafhængighed. Forhandlernes afhængighed i kraft af det omtvistede rabatsystem beror altså ikke på nogen økonomisk velbegrundet modydelse."

En loyalitetsskabende rabat på linie med rabatten fra *Michelin I* forelå i den danske sag, *Opel Danmarks rabatsystem*,⁶⁰ hvor en bonus på det samlede årlige indkøb (alene) blev indrømmet, hvis forudbestemte omsætningstal blev realiseret, ikke blot generelt, men tillige indenfor tre forskellige produktkategorier og i hvert af årets kvartaler. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fandt i forbindelse hermed, at bonusprogrammet var indrettet således, at det tilskyndede forhandlerne til at samle deres indkøb af reservedele hos Opel, hvorved alternative leverandørers adgang til markedet blev hindret. Den markedslukkende effekt skyldes navnlig, at:⁶¹

⁵⁹ Sag C-322/81 – *Michelin I*, Sml. 1983, p. 3461. Se navnlig præmis 81-86.

⁶⁰ *Opel Danmarks rabatsystem*, Rådsmødet den 28. november 2001.

⁶¹ Pkt. 29-34. Se tillige *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, der rummer nogle af de samme aspekter.

- a) sidste års indkøb automatisk dannede udgangspunkt for salgsmålene,
- b) der blev anvendt en progressiv skala,
- c) der kun blev indrømmet bonus, hvis måltallene inden for hver kategori og kvartal blev mødt.

Efter en dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ændrede Opel sit bonussystem således, at bonus blev indrømmet inden for hver kategori og kvartal selvstændigt. En i hovedlinier identisk bonus, dvs. at rabatten alene blev indrømmet, hvis samhandlen blev udvidet, blev bedømt (og fordømt) i *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*⁶² samt EU sagen *British Airways*.⁶³ Kvartalsbonusser baseret på en glidende skala med begrænset progression er dog anset for acceptabel.⁶⁴

En variation af de individuelle målrabatter, der dog har samme effekt og er blevet fordømt på linie hermed, er anvendelsen af forskellige former for top slice rabatter. Under et sådant rabatsystem indrømmes rabatten på mængder ud over en individuelt fastsat basismængde og kommer derved i realiteten til at vedrøre mulige ekstraindkøb, der ellers kunne være foretaget hos konkurrerende selskaber, hvorved markedet lukkes for denne. Denne problemstilling forelå fx i EU-sagerne *Soda - Solvay*⁶⁵ og *Irish Sugar plc*.⁶⁶ Top slice-rabatter udgør dog kun et misbrug, såfremt de enten har et kumulativt element eller falder indenfor rammerne af begrebet predatory pricing.⁶⁷

⁶² *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, Rådsmødet den 23. februar 2000. Som et interessant forhold kan det bemærkes, at køberne, kommunerne, blev fremhævet som dominerende, hvorved aftalen i realiteten var indgået mellem to dominerende virksomheder.

⁶³ Sag C-95/04 - *British Airways*, med forudgående dom fra Retten, sag T-219/99 - *British Airways*.

⁶⁴ Se fx *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, pkt. 95.

⁶⁵ Sag COMP/33.133 - C: *Soda - Solvay*, EFT 2003L 10/10, se navnlig pkt. 64 og 153-160.

⁶⁶ Sag T-228/97 – *Irish Sugar plc*, Sml. 1999, p. II-2969.

⁶⁷ EU-Kommissionen fremhævede dette positivt i *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, pkt. 168-169. Synspunktet er ikke entydigt overført til *Enforcement Paper* men kan muligvis genfindes i pkt. 41 (2.sætning, hvor den effektive pris defineres) sammenholdt med pkt. 43 (hvor et misbrug kobles til en prissætning under AAC). *Intel* synes ikke at anfægte dette jf. nærmere nedenfor om end den retlige status af *Enforcement Paper* post-Intel er genstand for en vis uklarhed.

En tredje variation af målrabatterne og den heri indbyggede markedslukning (foreclosure) forelå i den danske sag *LK A/S grossistaftaler*,⁶⁸ hvor rabatten dels forelå i form af en forudbestillingsrabat og dels en leveringsrabat, der begge indeholdt progressive elementer. Mens den første alene blev indrømmet på baggrund af varer, som blev bestilt for det kommende år inden den 30. november, blev den anden indrømmet frigjort for omkostningsbesparelserne hos den dominerende virksomhed. Som en tredje rabat, der dog støttede forudbestillingsrabatten, blev der indrømmet en rabat på merkøb, dvs. køb som ikke var angivet i forudbestillingen. Denne var dog lavere end forudbestillingsrabatten, hvorved incitamentet til at estimere og angive sit forventede indkøb for det kommende år blev opretholdt. Konkurrencerådet fandt, at rabatsystemet, herunder navnlig forudbestillingsrabatten, var egnet til at fastlåse konkurrencesituationen, navnlig da forudbestillingen var bindende, samtidig med, at LK var involveret i estimeringen af efterspørgslen. Som følge heraf, og i fraværet af en omkostningsmæssig begrundelse,⁶⁹ fungerede rabatten som en eksklusivaftale,⁷⁰ hvilket gjorde denne uforenelig med KL § 11.⁷¹

En fjerde variation af målrabatterne forelå i *Post Danmarks direct mail-rabatsystem*,⁷² hvor der var opstillet og anvendt en standardiseret rabatskala. En undersøgelse af kundernes faktiske indplacering herpå viste dog at hovedparten af disse have et stærk incitament til at fastholde eller udvide samhandlen med Post Danmark, hvorved rabatskalaerne reelt havde den individualiseret målrabats karakteristika. Konkurrenceankenævnet kunne derfor ved sin efterprøvning af sagen konkludere, at rabatten havde loyalitetsrabattens kendetegn ved dels at blive beregnet på det samlede årlige salg og dels

⁶⁸ *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. december 2000. Afgørelsen blev 7. januar 2008, i hovedlinier, stadfæstet af Højesteret.

⁶⁹ Formentlig har det været fraværet af en klar omkostningsmæssige begrundelse, der førte til denne vurdering. I de senere danske sager *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 238 og *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004, hvor intet misbrug blev statueret, fremhæves, til sammenligning, eksistensen af forskellige former for omkostningsmæssige begrundelser for forudbestillingsrabatten.

⁷⁰ Se pkt. 109-125, herunder navnlig pkt. 113.

⁷¹ Omvendt var en forudbestillingsrabat forenelig med artikel 102 og KL: § 11 i *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004.

⁷² *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 521 – 529.

have et retroaktivt perspektiv.⁷³ På samme måde bemærkede Østre Landsret i dennes efterprøvning af *TV 2' priser og betingelser*,⁷⁴ at rabatterne, uanset den objektive og standardiseret karakter reelt fremstod som langt mere individualiseret end først antaget.

I overensstemmelse med ovenstående principper blev forskellige former for markedsføringstilskud og betalinger, fordømt i EU sagen *Intel*⁷⁵ og den danske sag *Arla Foods rabatter og markedsføringstilskud*,⁷⁶ mens selektive prisnedsættelser og samlerabatter blev fordømt i de ligeledes danske sager *Post Danmark - adresseløse forsendelser*⁷⁷ og *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*.⁷⁸ I alle sagerne var det den markedsekskluderende karakter af ”rabatterne”, som førte til deres rubricering som uforenelige med KL. § 11 uanset deres juridiske karakter og øvrige betegnelse. I *Intel* havde nogle af tilskuddene endvidere en indirekte karakter, ved ikke at være rettet mod den umiddelbare kunde, men derimod det efterfølgende salgsled, dvs. detailhandlen.⁷⁹ Disse tilskud blev dog bedømt og fordømt på linje med de øvrige rabatter. Ligeledes er uoverskueligheden af et rabatsystem fremhævet som et muligt selvstændigt misbrug, om end det normalt må antages primært at have en forstærkende effekt,⁸⁰ bl.a. ved at

⁷³ Konkurrenceankenævnets kendelse af 10. maj 2010 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*, p. 187.

⁷⁴ Østre landsrets dom af 22. juni 2009 vedr. *TV 2 priser og betingelser*, bl.a. p. 125,

⁷⁵ Se bl.a. COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 615 og 1641 samt sammenfatningen i pkt. 1677 – 1681 for en beskrivelse af betalingerne. Betalinger, som i øvrigt betegnes som *naked restrictions*.

⁷⁶ *Arla Foods rabatter og markedsføringstilskud*, Rådsmødet den 30. marts 2005, navnlig pkt. 70-73, hvor et markedsføringstilskud blev sidestillet med en ikke omkostningsbegrundet rabat. Se tilsvarende den danske sag *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren*, Rådsmødet den 26. oktober 2005, bl.a. pkt. 167, hvor anvendelsen af markedsføringstilskud forstærkede effekten af indgåede eksklusivaftaler.

⁷⁷ *Post Danmark - adresseløse forsendelser*, Rådsmødet den 29. september 2004, der dog må antages at være underkendt ved Højesterets dom af 15. februar 2013. Se evt. EU sagen C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, p. 1663, navnlig præmis 513.

⁷⁸ *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*, Rådsmødet den 28. januar 1998, hvor virksomheder, der anvendte Scanlines færges, både ved passagen af Østersøen og Øresund, blev indrømmet en samlerabat.

⁷⁹ Se fx pkt. 179-181. Specifikt blev det bemærket, at tilskuddene ikke var koblet til konkrete markedsføringstiltag, og som følge heraf havde karakter af en loyalitetsbelønning. Se pkt. 615.

⁸⁰ Jf. sag IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*, EFT 1997 L 258 p. 1, pkt. 150. I den danske sag *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet den 30. august 2007, pkt. 210,

lægge et utilbørligt pres på kunderne for ikke at bryde eksklusiviteten.⁸¹ Endeligt bør det bemærkes jf. nærmere nedenfor, at der ikke gælder et krav om en effekt af de anvendte loyalitetsrabatter. I EU sager som *British Airways*,⁸² *Michelin II*,⁸³ samt og *Intel*⁸⁴ blev et misbrug statueret uanset indikationer på at rabatten ikke havde skabt den tilsigtede grad af loyalitet og eksklusivitet. En loyalitetsrabat fordømmes såfremt den må anse for egnet til at foreclose markedet uanset de konkrete omstændigheder.⁸⁵ Samme tilgang synes anlagt af Konkurrenceankenævnet i *Post Danmark - magasinpost II*,⁸⁶ hvor det bemærkes, at bedømmelsen af individuelle målrabatter og generelle minimumsbetingelser navnlig sker på baggrund af de disses evne til have mærkbar loyalitetsskabende virkning. EU-Domstolens dom i *Post Danmark I*,⁸⁷ fra 2012 må dog jf. nærmere nedenfor udlægges således, at den ekskluderende effekt skal være reel, eller som minimum sandsynlig.

4.1 Rene loyalitetsrabatter

De grundlæggende principper opstillet med *Hoffmann La Roche* og *Michelin I* er fastholdt og udviklet i senere praksis og indikerer generelt et yderst begrænset rum for anvendelsen af rabatter, hvis de har et loyalitetsskabende element, og derved fungerer som et surrogat for en eksklusivaftale. Det vil navnlig være tilfældet, hvis de er individuelt tilpasset og fastlægges hen over en forholdsvis lang referenceperiode, typisk mere end 3 måneder,⁸⁸ el-

fremhæves et uigennemskueligt rabatsystem (alene) som et forstærkende element. Se ligeledes COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 945

⁸¹ Jf. sag C-322/81 – *Michelin I*, Sml. 1983, p. 3461, præmis 83 samt muligvis Konkurrenceankenævnets kendelse af 10. maj 2010 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*, p. 187.

⁸² Sag T-219/99 – *British Airways*, præmis 293 samt EU-Domstolens dom, C-95/04, præmis 92-98.

⁸³ Sag T-203/01 – *Michelin II*, Sml. 2003, p. II-4071, præmis 239.

⁸⁴ COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 268, 919 samt 922.

⁸⁵ Jf. fx sag T-286/09 – *Intel*, præmis 103.

⁸⁶ Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. december 2011 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig p. 24.

⁸⁷ Sag C-209/10 – *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*.

⁸⁸ Praksis har traditionelt acceptere individuelle målrabatter, hvis referenceperioden er mindre end 3 måneder. 3 måneders referenceperioden bygger reelt alene på EU-Kommissionens tilkendegivelse i en tilsagnssag (Coca Cola-sagen fra 1990 - se IP/90/7), men er dog gentaget i senere sager. I den danske *Opel Danmarks rabatsystem*, Rådsmødet den 28. november 2001 blev referenceperioden efter en ”dialog” med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ændret til et kvartal. I den senere danske sag *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, blev det dog konkluderet at en kvartalsrabat reelt var loyalitetsskabende og derfor uforeneligt med KL § 11. Tilsvarende blev en rabat med en 3 måneders referenceperioden fundet uforenelig med artikel

ler alene indrømmes mod defacto loyalitet og derved direkte erstatter en formel eksklusivaf tale.⁸⁹ Endvidere må det tillægges betydning, om rabatten har et retroaktivt aspekt, dvs. også indrømmes på tidligere foretagne indkøb eller alene har effekt for det aktuelle indkøb. Som udgangspunkt vil den sidste rabat ikke være loyalitetsskabende, men kan dog evt. analyseres indenfor rammerne af begrebet predatory pricing, jf. ovenfor.⁹⁰ Det følger endvidere af denne praksis, herunder navnlig *Michelin II*, at begrebet *rabat* dækker enhver form for fordel af økonomisk værdi, en dominerende virksomhed indrømmer en samhandelspartner for at belønne dennes loyalitet samt at konkrete markedsforhold kan forstærke effekten. Det sidste kan fx omfatte store forskelle mellem den dominerende virksomheds og konkurrenters markedsandele⁹¹ eller lovbestemte enerettigheder.⁹²

Rækkevidden af det brede rabatbegreb kan illustreres ved EU-sagerne *Van den Bergh Foods*⁹³ og *Intel* samt den danske sag *Tele Danmark Mobils*

102 i EU sagen sag T-228/97 - *Irish Sugar*. Endelig blev det i den danske *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, bemærket pkt. 143, at den nærmere betydning af referenceperioden i sidste ende beror på en konkret vurdering af det enkelte rabatsystem, hvorefter det blev fastslået, at en målratat med en referenceperiode på 12 måneder udgjorde et misbrug af dominerende stilling. Behovet for en konkret vurdering er også fremhævet i sag T-203/01 - *Michelin II*, Sml. 2003, p. II-4071, præmis 85. 3 måneders grænsen bør derfor ikke overeksponeres. Se i øvrigt *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 517-518 for yderligere referencer samt nærmere om spørgsmålet hos Caroline Heide-Jørgensen, m.fl. *EU Konkurrenceret*, DJØF 2009, p. 670-675.

⁸⁹ Se fx Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. januar 2001 i MD Foods Amba mod Konkurrencerådet, pkt. 5 - Konkurrencerådets argumentation.

⁹⁰ Jf. sag T-203/01 - *Michelin II*, Sml. 2003, p. II-4071, præmis 85. I den danske sag *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 143, synes det forudsat, at progressive rabatter altid er loyalitetsskabende. Afgørelsen blev dog specifikt i forhold hertil underkendt ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. november 2006, men omvendt opretholdt af Østre Landsret ved dom af 22. juni 2009 og Højesteret ved dom af 18. marts 2011. Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet* må dog udlægges i samme retning, dvs. at selektive prissænkning kun anses for loyalitetsdækkende såfremt de er tabsgivende.

⁹¹ Se fx *Michelin I*.

⁹² Se fx *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 579 - 590.

⁹³ Sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 - *Van den Bergh Foods Limited*, EFT 1998L 246/1. EU-Kommissionens afgørelse blev stadfæstet af Retten i sag T-65/98 - *Van den Bergh Foods*.

*standard storkundekontrakt*⁹⁴. I førstnævnte blev det fundet uforeneligt med Artikel 102, når der til en række fryser, der var stillet gratis til rådighed, blev knyttet en forpligtelse om, at de alene blev anvendt til leverandørens produkter,⁹⁵ mens det i *Intel* blev fordømt, at Intel havde betalt en række kunder for *ikke* at lancere produkter baseret på processer fra den konkurrent, som tillige blev søgt ramt via rabatterne.⁹⁶ Tilsvarende blev det i sidstnævnte, *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt* noteret, at en bonus, der kunne anvendes til ekstra indkøb, og som blev indrømmet ved opnåelse af et givent salgsmål, fungerede som en loyalitetsrabat, uanset at der teknisk set var tale om noget andet.⁹⁷ Den brede tilgang til rabatter med en loyalitetsskabende effekt kan også illustreres ved den danske sag *EjendomsAvisens annonceaftaler*⁹⁸, hvor det var den kumulative virkning af et parallelt netværk af aftaler med loyalitetsskabende rabatter, der blev fundet uforenelig med konkurrencelovens § 6. Selv om det må anses for forkert at bedømme en rabat efter konkurrencelovens § 6, udgør eksistensen af et parallelt netværk af vertikale aftaler, der samlet begrænser konkurrencen, muligvis en undtagelse hertil. Hvis dette antages, reflekterer *EjendomsAvisens annonceaftaler* muligvis fortsat gældende ret. Endelig er de nyeste EU-sager, dvs. *Tomra*⁹⁹ fra 2006 og *Intel* fra 2009 værd at notere. I den første kobled EU-Kommissionen analytisk begreberne *switching cost* og *foreclosure* sammen, således at en rabat eller anden fordel kunne have en ekskluderende effekt, såfremt den gjorde det vanskeligt, at flytte efterspørgslen væk fra den dominerende aktør.¹⁰⁰ Tilsvarende blev ”opfattelsen” hos kunderne tillagt betydning i den sidste, således at en fornemmelse hos disse af at det ”ville få

⁹⁴ *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*, Rådsmøde den 16. juni 1999, fsv. anvendelsen af KL § 6.

⁹⁵ EU-Kommissionen fandt det i forbindelse hermed tvivlsomt, om detailhandlerne ville opstille mere end en fryser, hvormed bestemmelsen de facto fik et eksklusivt element. Se tilsvarende *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren*, Rådsmødet den 26. oktober 2005, navnlig pkt. 158 samt COMP/39.116 - *Coca Cola*.

⁹⁶ Se pkt. 1641 med efterfølgende analyse i pkt. 1642 – 1681. Tilskuddene blev dog behandlet og analyseret som en selvstændig overtrædelse af artikel 102 ved siden af loyalitetsrabatterne.

⁹⁷ Ud over den loyalitetsskabende effekt blev et diskriminatorisk element også identificeret, idet bonussen dels kunne medføre forskelsbehandling mellem to kunder og dels lukke markedet for konkurrenter.

⁹⁸ *EjendomsAvisens annonceaftaler*, Rådsmøde den 21. juni 2000.

⁹⁹ Sag COMP/E-1/38.113 - *Prokent/Tomra*, navnlig pkt. 329.

¹⁰⁰ Hvilken reelt også synes EU Rettens konklusion i dennes efterprøvelse af *Intel*. Se navnlig sag T-286/09 - *Intel*, præmis 88 samt 143-150 og 201.

konsekvenser for rabatten” såfremt efterspørgslen kun delvist blev dækket hos Intel var tilstrækkeligt til at statuere defacto loyalitet.¹⁰¹

4.1.1 Hvornår kan der ske foreclosure?

Selvom en rabat ydes på det samlede køb, dvs. at den har en retroaktiv og kumulerende effekt eller på anden måde har en loyalitetsskabende karakter, er det ikke givet, at den også har en afskærmende virkning og derfor bør anses for uforenelig med Artikel 102, og KL § 11. Dette vil fx ikke være tilfældet, hvis grænsen for, hvornår der ydes rabat, er sat så lavt, at den ikke har nogen reel betydning, fx fordi rabatten alene indrømmes for mængder, der uanset hvad ville være erhvervet hos den dominerende virksomhed eller såfremt der er tale om en glidende skala med begrænset progression.¹⁰² Omvendt gælder det, at hvis grænsen for det rabatudløsende indkøb sættes så højt, at det berører den konkurrenceudsatte del af markedet, dvs. den del som eventuelt kunne være erhvervet hos tredjepart, vil rabatten som udgangspunkt have en loyalitetsskabende effekt.¹⁰³ Ved vurderingen af rabatens størrelse skal der endvidere tages hensyn til, om rabatten ydes på hele købet, mens kun en del af købet er konkurrenceudsat.¹⁰⁴ Hvis dette er tilfældet, vil selv en lille rabatsats kunne have en særdeles stor betydning for den konkurrenceudsatte del af markedet.

Med henblik på at opstille nogle principper for, hvornår der reelt kan ske foreclosure, og derved foreligge en konkurrenceskadelig rabat, har EU-Kommissionen i 2009 udsendt *Enforcement Paper*. Heri forsøger EU-Kommissionen at opstille nogle (teoretiske) retningslinier, navnlig rettet mod at sikre, at den effektive pris for en vare eller tjeneste ikke sættes så lavt, at der sker foreclosure som følge af konkurrenternes manglende mulighed for at matche disse.¹⁰⁵ I forbindelse med beregningen af den effektive salgspris sondres der mellem:¹⁰⁶

¹⁰¹ Se bl.a. pkt. 268, 306, 348-349, 627-658 samt 689, der i forskellige grader rummer referencer til kundernes subjektive opfattelse.

¹⁰² Jf. fx *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, pkt. 95 samt implicit i Øster Landsrets dom af 22. juni 2009 vedr. TV 2 priser og betingelser.

¹⁰³ Forudsat at rabatten har en vis størrelse. Hvis rabatten er ubetydelig, kan den i sagens natur ikke medføre en foreclosure, heller ikke hvis den ydes på hele købet og den rabatudløsende grænse er sat meget højt,

¹⁰⁴ jf. sag C-322/81 - *Michelin I*, præmis 81-82; sag T-203/01 - *Michelin II*, præmis 87-91, og sag T-219/99 - *British Airways*, præmis 272-273.

¹⁰⁵ Se pkt. 36-45. I det oprindelige udkast til retningslinjer, pkt. 155-157 var en række andre modeller opstillede, der anvendte begreber som *Required Market Share* (RQS) og *Commercially Viable Share* (CVS). Det er ikke nærmere overvejet, om der heri ligger andre

Konkurrenceretten og rabatter

- a) inkrementelle rabatter, hvor rabatten alene indrømmes for køb over et vist niveau, og
- b) retroaktive rabatter, hvor rabatten også indrømmes for allerede foretagne indkøb.

I det første tilfælde beregnes den effektive pris på baggrund af det konkrete køb, mens der i det andet tilfælde tillige skal ske korrektion, såfremt dele af markedet de facto er låst til den dominerende virksomhed og derved ikke kan (tilbage)erobres. I det sidste tilfælde skal den effektive pris beregnes på baggrund af det ”frie marked” (”contestable share”). Når den effektive pris er beregnet, opstilles der herefter en formodningstest, i henhold til hvilket en effektiv pris, der sikrer dækning til den dominerende virksomheds *Long Run Average Incrementelle Cost*, LRAIC anses for uegnet til at medføre markedslukning mens det modsatte er tilfældet, såfremt prisen ikke dækker de *Average Avoidable Cost*, AAC. For priser der ligger imellem dette spænd gennemføres der en konkret undersøgelse.¹⁰⁷ Implicit heri ligger en forudsætning om at et misbrug alene foreligger såfremt en ”lige så effektiv” konkurrent ekskluderes.¹⁰⁸ Ved endvidere at tage udgangspunkt i den dominerende virksomheds omkostninger, åbnes der, i hvert fald teoretisk, op for at denne forlods kan vurdere legaliteten af en påtænkt rabatpolitik.¹⁰⁹

Principperne opstillet i *Enforcement Paper* repræsenterer en simplificeringen i forhold til modellerne gengivet i det oprindelige udkast. Endvidere er regneeksempler udeladt. Navnlig forudsætningen om, at den effektive pris skal beregnes med udgangspunkt i det ”frie marked”, et meget lidt konkret begreb, gør det i praksis umuligt for den dominerende virksomhed at gennemføre analyserne up front.¹¹⁰ Endvidere tages der en række ikke nærmere

modeller for de samme underliggende spørgsmål eller en omlægning af EU-Kommissionens analyseramme.

¹⁰⁶ Pkt. 36.

¹⁰⁷ Pkt. 43. Der er endvidere alene tale om en formodningstest, hvorfor EU-Kommissionen specifikt forbeholder sig ret til at gribe ind selvom om prisen sikrer dækning til LRAIC.

¹⁰⁸ I *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 502-507, jf. nærmere nedenfor, antages det dog at også ekskluderingen af en mindre effektiv konkurrent i visse situationer kan udgøre et misbrug.

¹⁰⁹ Jf. pkt. 24 forbeholder EU-Kommissionen sig dog retten til at anvende omkostningsanalyser hentet hos konkurrenterne eller tredjemand, fx såfremt det ikke er muligt at opgøre den dominerende virksomheds.

¹¹⁰ Nogle lidt mere praktiske principper, bl.a. i forhold til det frie marked, er forsøgt opstillet i Lars Kjølbye, *Rebates under article 82EC, Navigating uncertain waters*, ECLR 2010, pp .66-80, navnlig pp. 69-72.

specificeret forbehold, hvor indgreb alligevel kan være berettiget selvom en lige så effektiv konkurrent ville kunne matche prisen.¹¹¹ Forbehold som navnlig synes relevante i forhold til nyliberaliserede markeder og såfremt den dominerende aktør har et quasi monopol (super dominans) jf. nærmere nedenfor pkt. 5.1.2. Endelig indrømmes Konkurrencemyndighederne et næsten arbitrært skøn ved forholdsvis frit at kunne skønne hvor stor en andel af markedet, som kan anses for konkurrenceudsat. I *Intel*¹¹² begrænser EU-Kommissionen sig således til at betegne Intel som en ”*unavoidable trading-partner*”, og det frie marked som følge heraf yderst begrænset. Testen skulle altså gennemføres på baggrund af en meget lav markedsandel, hvilket i sagens natur medførte en meget lav effektiv enhedspris. Nogle af de samme linjer kan ses i EU-Domstolens efterprøvning af *Tomra*¹¹³ hvor det antages, at hele markedet bør være åbent for konkurrence således, at den dominerende virksomhed generelt konkurrerer på ydelserne.

Uanset mangler i den anvendte analyseramme repræsenterer ethvert forsøg på at opstille retningslinjer, uanset hvor ukonkrete de måtte være, en bevægelse væk fra det traditionelle per se forbud imod retroaktive rabatter, jf. ovenstående. Derudover fokuseres, der i *Enforcement Paper* på en række faktorer, som navnlig vil blive inddraget i en foreclosure analyse, omfattende bl.a. den dominerende aktørs markedsposition i forhold til konkurrenterne, disses evne til at imødegå rabatterne, eksistensen af markante konkurrencebarrierer samt omfanget af det udviste misbrug.¹¹⁴ Det indikeres desuden, at EU-Kommissionen tillige vil inddrage eventuelle effektivitetsgevinster i vurderingen, såfremt det vurderes, at virksomheden forfølger sådanne snare end den markedsekskluderende effekt.¹¹⁵ Udover at udvise en vis forsigtighed når de opstillede modeller anvendes, bl.a. i forhold til de mange implicitte skøn, fx. opgørelsen af omkostningerne,¹¹⁶ markedsandele eller fastlæggelsen af begreber som contestable share, er det værd at have EU-

¹¹¹ Se pkt. 23.

¹¹² COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 1010. En indirekte analyse kan dog findes i pkt. 1717 – 1731.

¹¹³ Sag C-549/10P - *Tomra*, præmis 42.

¹¹⁴ Se pkt. 20.

¹¹⁵ Se pkt. 21.

¹¹⁶ Såfremt en virksomhed fx producerer flere forskellige produkter eller tjenester, skal de faste omkostninger fordeles på hvert produkt eller tjeneste på baggrund af en fordelingsnøgle. Tilsvarende vil der være behov for at fordele høje initialomkostninger, således at en omkostningsopgørelse er repræsentativ. Endeligt kan det være vanskeligt, at vurdere hvor stor en andel af markedet som reelt er i spil, idet den dominerende virksomhed sjældent vil kende konkurrenternes produktionskapacitet.

Domstolens dom i *British Airways*¹¹⁷ fra 2007 i erindringen. Ikke blot var markedsandele heri stærkt faldende, hvilket indikeret en begrænset effekt.¹¹⁸ Rabatterne skulle tillige bedømmes på baggrund af en sag til sag tilgang, der navnlig betonet følgende a) rabatternes evne til at virke fortrængende, eller indløsende for kunderne og b) eventuelle objektive begrundelser. Derimod synes avancerede beregninger og opgørelser ikke forudsat. Tilsvarende konkluder EU-Domstolen i sin efterprøvning af *Tomra*,¹¹⁹ at principperne fra *Enforcement Paper* ikke regulerer afgørelser (åbnet) førend udsendelsen heraf, hvorfor der ikke eksisterede en forpligtelse til at følge disse. Et princip som blev genbekræftet i *Intel*.¹²⁰

Principperne fra *Enforcement Paper* er dog anvendt af EU-Kommissionen i *Tomra*¹²¹ fra 2006 og *Intel* fra 2009, hvor selskaberne, bl.a. via retroaktive rabatter, de facto havde lukket markedet for henholdsvis returflaskeautomater og CPU' enheder i en række EU-lande.¹²² Ligeledes anvendte Konkurrencerådet principperne, som en supplerende beregning i *Post Danmark – magasinpost I* fra 2007¹²³ samt som en integreret del af analysen i *Post Danmarks direct mail-rabatsystem* fra 2009.¹²⁴ Navnlig *Intel* fra 2009 viser dog, at det kan være endog overordentligt vanskeligt at opgøre de enkelte delelementer, fx omfanget af den frie markedsandel (contestable share). I sagen ender EU-Kommissionen således med at konstatere, at denne er ”me-

¹¹⁷ Sag C-95/04P - *British Airways*. Se præmis 68, 69 og 86.

¹¹⁸ Tilsvarende var der i COMP/C3/37.990 – *Intel* eksempler på, at kunderne frit havde kunnet skifte til konkurrerende leverandører uden at miste rabatten, og derved, at denne ikke havde været betinget af eksklusivitet. Se fx pkt. 267-268.

¹¹⁹ Sag C-549/10P - *Tomra*, præmis 81.

¹²⁰ Sag T-286/09 - *Intel*, præmis 155-156.

¹²¹ Det synes dog at følge af EU-Domstolens dom heri, at der ikke er krav om beregninger, når adfærden er egnet til at fortrænger konkurrenter. Se sag C-549/10P - *Tomra*, præmis 79.

¹²² Se bl.a. pkt.131-133 samt de efterfølgende landeanalyser i pkt. 134-270, navnlig pkt. 159-166; pkt. 180-187; 218-226; pkt. 234-240 samt pkt. 264-270. Endelig sammenfattes der i pkt. 271-329, navnlig pkt. 314-329. Udover de retroaktive rabatter havde Tomra tillige anvendt egentlige eksklusivaftaler, jf. pkt. 114-130, der bl.a. blev søgt fremmet via et rabatprogram.

¹²³ *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks priser og vilkår for magasinpost (Magasinpost I)*, Rådsmødet 30. august 2007. Se navnlig pkt.335-362. I realiteten blev de underliggende marginalprisbetragtninger anvendt langt tidligere, fx i den danske *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, pkt. 76 samt *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet 30. august 2007.

¹²⁴ *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 482 – 633.

get begrænset”.¹²⁵ Derudover indikerer *British Airways*, som tidligere nævnt, et behov for en vis forsigtighed i forhold til at overeksponere den effektbaserede tilgang i praksis.¹²⁶ Hvis en anvendt rabat fremstår som egnet til at lukke markedet, udgør den som udgangspunkt et misbrug af en dominerende stilling, uanset dens konkrete effekt. Dette må ligeledes formodes gældende i forbindelse med traditionelle målrabatter, hvor rabatten alene indrømmes, hvis nærmere specificerede mål realiseres. Det samme må formentligt udledes af *Tomra*, idet EU-Kommissionen i realiteten syntes at have opbygget sin sag omkring en traditionel formbaseret analyse og alene anvendt effektanalyse til at afvise en påstand om, at de anvendte rabatter var uegnet til at medføre foreclosure. Hverken EU-Retten eller EU-Domstolen finder således anledning til at kritisere denne fremgangsmåde, og den sidste bemærkede i præmis 72 tilmed at:

”... opkrævningen af »negative priser«, dvs. priser under kostprisen, hos kunderne [er] ikke en forudgående betingelse for at fastslå, at en dominerende virksomheds ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft har karakter af misbrug.”

Hvilket i præmis 79 bliver uddybet nærmere via følgende betragtning:

”loyalitetsmekanismen lå i denne mulighed for leverandøren til at fortrænge sine konkurrenter ved at opsluge den andel af efterspørgslen, der er udsat for konkurrence. Når der foreligger et sådant forretningsinstrument, er det således ikke nødvendigt at foretage en vurdering af de konkrete virkninger af rabatterne på konkurrencen, idet det for at fastslå en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF er tilstrækkeligt at godtgøre, at den omhandlede adfærd kan have sådanne virkninger.”

I overensstemmelse hermed åbner EU-Kommissionen da også i *Intel* fra 2009 med en traditionel analyse, jf. bl.a. *Hoffmann La Roche* m.fl., der herefter suppleres med en effektanalyse jf. *Enforcement Paper*.¹²⁷ EU-Kommissionen påpeger dog eksplicit, at den ikke anser sig forpligtet hertil, og at effektanalysen ikke er en del af misbrugsanalysen.¹²⁸ Endvidere ”igno-

¹²⁵ COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 1012.

¹²⁶ Se navnlig præmis 68-69 samt præmis 293 i den underliggende dom fra Retten, dvs. T-219/99.

¹²⁷ Se pkt. 920-1001.

¹²⁸ COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 1002 og 1760. Se ligeledes *Enforcement Paper*, pkt. 3 samt fsv. angår dansk praksis *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 482, note 96.

rerer” forhold, der indikerer, at der måske slet ikke var nogen effekt, herunder at kunderne faktisk (ustraffet) havde kunnet skifte leverandør, samt at konkurrenterne havde vundet markedsandele.¹²⁹ EU-Retten bekræftede fremgangsmåde, og noteret at der henset til rabatternes loyalitetsskabende karakter ikke galt noget krav om en effekt, eller effektanalyse.¹³⁰ Det var tilstrækkeligt, at tredjeparts adgang til markedet var vanskeliggjort, og derved at foreclosure ikke forudsatte egentlig ekskludering og negativ margin hos konkurrenterne. For andre rabattyper, hvor loyalitetselementet er knap så entydigt, kan der formentligt i langt højere grad opstilles et forsvar omkring, at rabatten ikke er egnet til at medføre foreclosure.

En forsigtig konklusion, der synes at kunne forene den effektbaserede analyse fra *Enforcement Paper* og den strengt formbaserede analyse i *British Airways* kunne dog være, at effektanalysen snarere end at være en egentlig misbrugsanalyse er en form for forsvar imod denne, evt. en efterprøvning af myndighedernes øvrige analyser. Ved hjælp af effektanalysen kan en adfærd, der umiddelbart synes uforenelig med Artikel 102 og KL § 11, legitimeres efter de samme retningslinier, som gælder for andre objektive og saglige begrundelser. Tilsvarende kan selv en objektiv og standardiseret rabat ”afsløres”, som loyalitetsskabende.¹³¹ Endvidere kan simple rabatstrukturer, der hverken indeholde top-slice, individuelle elementer eller andre af loyalitetsrabattens karakteristika muligvis alene fordømmes på baggrund af en effektbaserede analyse fra *Enforcement Paper*. Navnlig EU-Domstolens dom i *Post Danmark I*,¹³² der var en præjudiciel prøvelse af *Post Danmark - adresseløse forsendelser* indiker dette jf. nærmere nedenfor afsnit 5.4 om end *Intel* umiddelbart synes at blokere herfor ved generelt at afvise eksistensen af et krav om en effektanalyse.¹³³ Implicit heri ligger dog at såvel klager, som indklagede, bør opbygge sin argumentation omkring en effektanalyse samt anvende denne i sin præsentation af sagen overfor konkurrencemyndighederne. Endvidere skal disse opbygge sagen omkring rabatternes (formodede) faktuelle samt evt. potentielle effekt, snare end deres (juridiske) karakter.

¹²⁹ Se fx COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 267-268.

¹³⁰ Sag T-286/09 - *Intel*, præmis 146-150.

¹³¹ Se fx Øster Landsrets dom af 22. juni 2009 vedr. TV 2 priser og betingelser, navnlig pp. 124 og 125.

¹³² Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*.

¹³³ Det er navnlig præmis 144 heri, som bloker for denne udlægning ved at afvise et ultimativt krav om en effektanalyse. Både i forhold til rene loyalitetsrabatter og andre former for rabatter, omtalt som en tredje kategori.

Nyere afgørelser såsom *Tomra* og *Intel* og de heri anvendte fremgangsmåder synes at bekræfte denne konklusion. I *Tomra*¹³⁴ bemærker EU-Domstolen således direkte, at der ikke gælder et krav om økonomiske beregninger når adfærden i øvrigt kan anses som egnet til at fortrænge konkurrenterne og reelt drager EU-Retten samme konklusion i *Intel*¹³⁵ ved at opstille en sondring mellem *kvantumrabatter*, overfor *loyalitätsrabatter*, samt *andre former for rabat*. Mens de første, som udgangspunkt var uproblematisk var de næste nærmest designet til at skabe en foreclosure effekt, og derfor som udgangspunkt problematiske mens de sidste måtte underkastes en nærmere analyse jf. fx *Enforcement Paper*, om end der heller ikke var noget absolut krav herom. *Intel* åbner derfor for en alternativ udlægning af *Enforcement Paper*, omfattende at den her lancerede fremgangsmåde (alene) anvendes udenfor de traditionelle loyalitätsrabatter, som generelt fordømmes per se. Den dominerende virksomhed skal i givet fald afholde sig fra alle, både direkte og indirekte, referencer til loyalitetsspørgsmålet,¹³⁶ men kan efter omstændighederne godt anvende både diskriminerende og indlåsende rabatter, herunder top slides og retro-rabatter.¹³⁷ Blot der ikke er formelt krav om loyalitet. Rabatter bedømmes i givet fald efter en to trins proces hvor det først bedømmes om rabatterne rummer et loyalitetsselement, der belønner den loyale kunde, og i fravær heraf om de jf. effektanalysen er egnet til at medføre foreclosure, hvor det sidste både dækker egentlig ekskludering og strategiske konkurrencebarrierer.

Spørgsmål om den juridiske status af den opstillede analysemodel, herunder om den er obligatorisk, er aktuelt genstand for et præjudicielt spørgsmål for EU Domstolen,¹³⁸ og kan forventes afdækket i 2015 eller 2016. Endvidere er *Intel*¹³⁹ anket til EU-Domstolen. Indtil da vil det være sikrest at betragtes

¹³⁴ Sag C-549/10P - *Tomra*, præmis 79.

¹³⁵ Sag T-286/09 - *Intel*, præmis 74-78 samt 80-89.

¹³⁶ Jf. sag T-286/09 - *Intel*, præmis 1334 kan den dominerende virksomhed dog godt fremhæve sit produkt på bekostning af konkurrenterne samt i generelle vendinger fraråde køb af det sidste. Jf. præmis 1547 udgør det endvidere ikke i sig selv bevis for et loyalitets-skabende formål med rabatten, at det dominerende selskab aktivt søger at begrænse bestemte ord, der kunne pege på et loyalitet formål. Forsøg på at skjule adfærden kan dog udlægges, som indicium herpå.

¹³⁷ Spørgsmålet hænger principielt i luften da EU-Domstolen i sag C-95/04 - *British Airways*, præmis 73 betegnede retro-rabatter, som særlig egnet til at skabe loyalitet, og derved nærmest per se fordømt disse.

¹³⁸ Sag C-23/14 - *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, der er en udløber af Konkurrencerådet afgørelse af 24. juni 2009 - *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*.

¹³⁹ Sag C-413/14P - *Intel*.

effektanalyse fra *Enforcement Paper* som en supplerende analyse, der anvendes som støtte for den normale og særdeles restriktiv bedømmelse samt undgå alle referencer til loyalitet som rabatbetingelse.

4.1.2. Betyder størrelsen noget – Superdominans og quasi monopoler

Det er overvejet om der kan opstilles en form for superdominans teori, der implicit medførte en skærpet misbrugsbedømmelse. EU-Domstolen tog specifik afstand fra eksistensen af et super dominans begreb i *TeliaSonera*,¹⁴⁰ fra 2011 da der ikke kunne opstilles forskellige lag af dominans. Umiddelbart herefter blev begrebet så reintroduceret af bagdøren via en anerkendelse af at misbrugsbedømmelsen ikke kunne ske isoleret fra graden af markedsstyrke. Sagen derved både bekræfter og afkræfter eksistensen af begrebet. Denne tvetydige tilgang blev bekræftet og videreudviklet i EU Domstolens dom i *Tomra*,¹⁴¹ og *Post Danmark I*,¹⁴² begge fra 2012. I den første bemærkes det, at:

”Markedsstyrken har ikke desto mindre i princippet konsekvenser for rækkevidden af virkningerne af den pågældende virksomheds adfærd snarere end for, om der som sådan består misbrug.”

Mens det i den anden noteres, at:

Når den dominerende stilling har oprindelse i et tidligere lovmonopol, skal denne omstændighed tages i betragtning.

Det er noget selvmodsigende i betragtningerne. På den ene side afvises det at der kan opstilles en superdominanstheori mens det på den anden side noteres at misbrugsbedømmelsen selvfølgelig påvirkes af dominansgraden. En mulig udlægning er at rummet, også for mere normale kommercielle dispositioner, er indskrænket for den super dominerende virksomhed. Dette synes antaget i dansk praksis. I *Post Danmark - Magasinpost II*,¹⁴³ bemærker Konkurrenceankenævnet i sin kendelse fra 2011, at henset til *Post Danmark* meget dominerende stilling (markedsandele over 80%) kunne der kun i begrænset omfang anerkendes et meeting competition forsvar. I *Post Danmarks direct mail-rabatsystem*¹⁴⁴ fra 2010 anvendte Konkurrenceankenæv-

¹⁴⁰ Sag C-52/09 - *Konkurrensverket mod TeliaSonera Sverige AB*, præmis 78-81.

¹⁴¹ Sag C-549/10P - *Tomra*, præmis 39.

¹⁴² Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*, præmis 23.

¹⁴³ Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. december 2011 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig p. 25

¹⁴⁴ Konkurrenceankenævnets kendelse af 10. maj 2010 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*, p. 186.

net direkte anvendt begrebet ”superdominans” i forhold til rækkevidden af misbrugsbedømmelsen. Selvom der ikke kan opstilles et superdominans begrebet kan der formentlig opstilles en skærpet misbrugsstandard for selskaber, hvis markedsposition har karakter heraf. Navnlig såfremt markedspositionen er en konsekvens af tidligere særrettigheder. Heraf følger formentlig at sådanne selskaber kun i begrænset omfang kan opstille og anvende rabat-systemer udenfor vinduet omkring omkostningsmæssige begrundelser. I fraværet af andre af elementer, herunder de traditionelle mål og top-slices rabatter, bør rene rabatter dog alene fordømmes på baggrund af en effektbaserede analyse fra *Enforcement Paper* også selvom de indrømmes af en quasi monopolist.

4.2. Koblingsrabatter

En variation af de generelle loyalitetsrabatter er forskellige former for koblingsrabatter, hvor rabatten indrømmes, hvis komplementære produkter og tjenester aftages, og en form for bundling derved foretages. I *Hoffmann La Roche* var indrømmelsen af en rabat blevet anvendt til at få aftagerne til at aftage hele produktsortimentet, og udgangspunktet har været at koblingsrabatter blev bedømt på linie med loyalitetsrabatter, da det i begge tilfælde er den markedslukkende effekt, som er konkurrencebegrænsende.¹⁴⁵ I den danske sag *DBC medier*¹⁴⁶ fra 2005 blev det ligeledes fundet uforeneligt med KL § 11, når en rabat alene blev indrømmet såfremt flere produkter blev indkøbt samlet, idet der herigennem skete en ikke omkostningsmæssig begrundet sammenkædning af produkter (bundling).¹⁴⁷ En mulig udlægning af *Intel* jf. ovenfor er dog koblingsrabatten ikke per se fordømmes, som loyalitetsrabatter, men i stedet underkastes en effektanalyse jf. *Enforcement Paper*.

4.3. Mængde- og omkostningsrabatter

Udover et fællesområde i forhold til de diskriminerende rabatter har de loyalitetsskabende rabatter tillige et fællesområde i forhold til mængderabatter (kvantumrabatter), der indrømmes på baggrund af den indkøbte mængde hos den dominerende aktør og som praksis indikerer et noget større rum for anvendelsen af jf. fx *Intel*.¹⁴⁸ Den underliggende antagelse er altså at der er

¹⁴⁵ I praksis kan det dog ikke udelukkes, at muligheden for at bedømme en adfærd efter Artikel 102, litra d (tying), kan rumme nogle nuancer i forhold til bedømmelsen efter Artikel 102, litra b.

¹⁴⁶ *DBC medier as, Rådsmødet den 22. juni 2005*, se navnlig pkt. 132-167.

¹⁴⁷ Se også *Rukos markedsadfærd*, Rådsmødet den 19. december 2001, pkt. 59-64.

¹⁴⁸ Sag T-286/09 - *Intel*, præmis 75-78.

omkostningsmæssige fordele hos den dominerende virksomhed ved at belønne storindkøb m.v. I *Hoffmann La Roche*, navnlig præmis 90, blev det således påpeget, at der skulle sondres mellem loyalitetsrabatter baseret på kundens behov eller en fast procentsats af disse behov over en bestemt periode over for mængderabatter, der udelukkende reflekterede den indkøbte mængde. Tilsvarende påpegede EU-Retten i *Michelin II*, præmis 74, at der ved vurderingen af en mængderabat skulle undersøges, om rabatten udgjorde en fordel, hvortil der ikke blev leveret en modydelse af økonomisk art. I det omfang der kan opstilles en omkostningsmæssig begrundelse for et rabatprogram, opnås der altså et langt bredere rum for anvendelsen heraf.¹⁴⁹ Bevisbyrden påhviler dog den dominerende virksomhed.¹⁵⁰ Endvidere skal virksomheden, som udgangspunkt, fremkomme med konkrete begrundelser for de forskellige satser og trin i rabatsystemet og derved den konkrete udformning af programmet.¹⁵¹ Fra den danske *Post Danmark - magasinpost II*,¹⁵² følger dog muligvis at der ikke forudsættes en krone for krone rabat eller på anden måde direkte bevis for besparelsens konkrete størrelse. Konkurrenceankenævnet synes i sin kendelse at have accepteret at der var fordele samt at Konkurrencerådet havde begået en fejl ved ikke at inddrage disse i sine analyser. Den underliggende afgørelse blev underkendt under henvisning hertil. Fra *Michelin II* følger det dog, at selv mængderabatter, der gælder generelt og ydes efter en objektiv fastsat og gennemsigtig rabatskala, alligevel kan virke loyalitetsskabende. Dette vil være tilfældet, hvis:

- a) der er en betydelig forskel på rabatsatsens størrelse på de enkelte trin, således at der ydes en højere rabat på de højeste trin,

¹⁴⁹ Udgangspunktet må være en egentlig omkostningsreduktion. I *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt.163, henvises der dog også til effektivitets-hensyn, hvilket mere generelt synes at åbne for bredere hensyn. Se ligeledes sag C-163/99, *Portugal vs. EU-Kommissionen*, Sml. p. 2613, præmis 52, hvor der henvises mere generelt til "tilført aktivitetsvolumen eller eventuelle stordriftsfordele." Endvidere antages det implicit i den danske sag, *Nissan Motor Danmark A/S indfører nye rabatbetingelser*, Rådsmødet den 28. August 2002, at overgangen til ugeordre medfører en besparelse hos Nissan Motor, der kunne omsættes i en rabat. Navnlig sag T-203/01 - *Michelin II* trækker dog i modsat retning.

¹⁵⁰ Jf. sag T-228/97 - *Irish Sugar*, præmis 188, sag T-219/99 - *British Airways*, præmis 281, og sag T-203/01 - *Michelin II*, præmis 107. Se ligeledes *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmødet den 24. juni 2009, pkt. 469 med yderligere referencer.

¹⁵¹ Jf. sag C-163/99 - *Portugal vs. EU-Kommissionen*, Sml. p. 2613, præmis 56, og *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 140.

¹⁵² Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. december 2011 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig p. 26.

- b) rabatten ydes på baggrund af salget i en lang referenceperiode, fx et år,
- c) rabatten beregnes på grundlag af den samlede omsætning i referenceperioden i modsætning til merindkøbet for hvert omsætningstrin.¹⁵³

Som forsvar for det anvendte rabatsystem havde Michelin bl.a. henvist til en række stordriftsfordele knyttet til en ekspansion af afsætningen, der derved indirekte reflekterede en omkostningsreduktion hos denne. EU-Retten fandt dette argument for generelt og uspecificeret.¹⁵⁴ *Michelin II* må derfor udlægges i retning af, at selv om der alene foreligger en rabat, hvis der ikke erlægges en modydelse, fx en omkostningsreduktion, er det reelle vindue ret snævert. Som udgangspunkt bør en rabat reflektere en krone for krone besparelse hos det dominerende selskab, og forsigtighed udvises udenfor dette vindue.¹⁵⁵ Selvom Konkurrenceankenævnet med *Post Danmark - magasinpost II*,¹⁵⁶ muligvis har opblødt denne meget strenge praksis bemærkes det dog tillige i samme kendelse at som udgangspunkt fordømmes retroaktiv rabatgivning.

På samme måde som *Michelin II* blev en loyalitetsskabende mængderabat fordømt i de danske sager *Post Danmarks direct mail-rabatsystem*¹⁵⁷ og *TV 2 priser og vilkår*,¹⁵⁸ idet dette, uanset den ydre fremtoning som et standardiseret rabatsystem alligevel kunne virke indlåsende og med individualiseret målelementer. Herefter kunne henholdsvis Konkurrenceankenævnet og Landsretten i de to sager konkludere, at rabatten blev beregnet på det samlede årlige salg samt have et retroaktivt perspektiv. En mulig udlægning af *Intel*

¹⁵³ Se navnlig præmis 59-60 og 95.

¹⁵⁴ Se navnlig præmis 108-109.

¹⁵⁵ *Michelin II* og problemstillingen er gennemgået nærmere hos Christian Roques, *CFI Judgement, Case T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v Commission*, ECLR 2004, p. 688-693. Udover at *Michelin II* fremstår som meget restriktiv, kan det overvejes om denne er fulgt forenelig med EU-Domstolens dom i sag C-163/99, *Portugal vs. EU-Kommissionen*, Sml. 2001, p. 2613. I præmis 52 heri, henvises mere generelt til "tilført aktivitetsvolumen eller eventuelle stordriftsfordele", hvilket syntes bredere end det, som blev accepteret i *Michelin II*.

¹⁵⁶ Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. december 2011 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig p. 26.

¹⁵⁷ *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Rådsmøde 24. juni 2009, pkt. 521 – 529 samt Konkurrenceankenævnets kendelse af 10. maj 2010 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*, p. 187.

¹⁵⁸ Østre Landsrets dom af 22. juni 2009 vedr. *TV 2 priser og vilkår*. Se navnlig pp. 124-125.

jf. ovenfor er dog at mængderabatter ikke per se fordømmes, men i stedet underkastes en effektanalyse jf. *Enforcement Paper*.

4.3.1. Mængderabatter, stordriftsfordele og quasi monopoler

Navnlig *Michelin II* indikerer, som allerede påpeget, formentlig en yderst begrænset adgang til at bruge et rabatsystem til at udvide afsætningen alene med henblik på at få realiseret stordriftsfordele. Navnlig indenfor for sektorer, hvor en meget stor andel af omkostningsbasen har karakter af faste omkostninger, kunne en udvidelse af kundebasen ellers fremstå som et effektivt middel til at søge disse inddækket.¹⁵⁹ I *Enforcement Paper*,¹⁶⁰ forsøges dog opstillet nogle retningslinier for anvendelsen af rabatter. Dette gøres ved dels at opsummere hovedlinjerne i den praksis, som er skitseret ovenfor, og dels knytte en række fremadrettede bemærkninger til analyserammen, bl.a. i forhold til stordriftsfordele og netværkseffekter, samt mulighederne for at realisere disse igennem rabatsystemer, hvor der indrømmes mængderabatter. *Enforcement Paper* sonderer¹⁶¹ navnlig mellem rabatter, der:

- a) ydes til samhandelspartnere, uanset deres indkøbsmønster (ubetingede rabatter), også selvom disse alene tilbydes udvalgte kunder (fx konkurrentens aktuelle eller potentielle kunder), og
- b) og rabatter, der knyttes sammen med nærmere bestemte indkøbsmønstre (betingede rabatter), hvilket navnlig er forskellige former for mål og retroaktive rabatter.

Endvidere noteres det, at rabatsystemer både kan tjene effektivitetsforbedrende og konkurrencebegrænsende formål eller begge dele. Forudsat rabatsystemet ikke har en selektiv eller diskriminerende karakter¹⁶² og derved gi-

¹⁵⁹ I det omfang en virksomhed har en omkostningsstruktur præget af faldende eller lave marginalomkostninger og betydelige faste omkostninger, vil det ofte være hensigtsmæssigt og nødvendigt for denne at kunne udvide produktionen til et niveau, hvor stordriftsfordele slår igennem, og inddækning af de betydelige faste omkostninger kan ske. Dette kan bl.a. indbefatte et stærkt incitament til at implementere forskellige former for rabatsystemer, der søger at maksimere aftagerens evne til at aftage produkter og tjenester.

¹⁶⁰ Se pkt. 36-45. I *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, var der dog lagt op til langt mere udførlige retningslinjer.

¹⁶¹ Sondringen er hentet fra udkastet, men genfindes indirekte i gennemgangen pkt. 32-45.

¹⁶² Hvis en rabat har en selektiv karakter, fx ved kun at blive tilbudt kunderne hos konkurrerende selskaber, vil denne ofte have en strategisk karakter, og derved være uforenelig med Artikel 102. Ved sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet* blev meget specifikke krav hertil dog formuleret hvilket gør det problematisk at forfølge synspunktet. EU-Kommissionens restriktive tilgang til rabatten i sag T-228/97 - *Irish Sugar plc*,

ver rabatsystemet en loyalitetsskabende karakter, indtager EU-Kommissionen dog i sit *Enforcement Paper* som udgangspunkt en positiv holdning hertil, forudsat der ikke sker en markedslukning. Endvidere antages en markedslukning kun at ville ske, hvis rabatten indrømmes til en betydelig andel af aftagerne i markedet, med forbehold for særligt vigtige kunder samt repræsenterer en væsentlig reduktion i forhold til listeprisen.¹⁶³ I forbindelse med vurderingen af disse to forhold må det antages, at konkurrenterne ofte vil have behov for at opnå en vis minimumsmarkedsandel (minimum efficiency scale) for at kunne forblive på markedet samt at rabatten ikke kan medføre foreclosure så længe den sikrer dækning til den dominerende aktørs LRAIC ved at levere produkterne eller tjenesterne.¹⁶⁴ Der er en sammenhæng mellem disse to betragtninger, da LRAIC er afhængig af størrelsen af den kundebase, som de faste omkostninger skal fordeles ud over, hvormed standarden i realiteten er opstillet for at sikre, at en rimelig effektiv konkurrent kan forblive i markedet, samt at realiseringen af stordriftsfordele mv. ikke sker på bekostning af konkurrenterne og konkurrencen. Legaliteten af et rabatsystem rettet mod at realisere stordriftsfordele mv. forudsætter altså, at der ikke sker markedslukning.¹⁶⁵

Der kan ekstraheres enkelte elementer af relevans for spørgsmålet fra praksis. I *Intel* forudsætter EU-Kommissionen i sin analyse af foreclosure spørgsmålet, at konkurrenterne er mindst lige så effektive som den dominerende virksomhed og analyserer herefter evnen til at entrere markedet ved et lavere output.¹⁶⁶ Senere opstilles der en proportionalitetstest, der forudsætter, at ”..... *that the legitimate objective pursued by Intel should not be outweighed by the exclusionary effect.*”¹⁶⁷ Navnlig den sidste forudsætning

Sml. 1999, p. II-2969 kan dog formentlig tilskrives dette princip. I den konkrete sag var rabatten navnlig var indrømmet kunder, der geografisk var placeret således, at de havde en unik adgang til at skifte til udenlandske leverandører.

¹⁶³ Se navnlig de generelle principper i pkt. 20 sammenhold med betragtningerne vedr. rabatter i pkt. 36-45.

¹⁶⁴ Se fx *Enforcement Paper*, pkt. 43-44. I det tidligere *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, pkt. 154-157 var et højere niveau anlagt ved at forudsætte foreclosure risiko når prisniveauet nået under de gennemsnitlige total omkostninger (ATC).

¹⁶⁵ Se også *Enforcement Paper*, pkt. 20, hvor eksistensen af forskellige former for stordriftsfordele fremhæves som et kvalificerende element.

¹⁶⁶ Se bl.a. pkt. 1002.

¹⁶⁷ Se pkt. 1624 med referencer til yderligere sager. Sag T-340/03 – *France Telecom*, Sml. 2007, p. II-107, præmis 217, der dog ikke vedrørte rabatter, kan formentlig udlægges i samme (negative) retning.

indikerer en opfattelse hos EU-Kommissionen, hvor stordriftsfordele m.v. alene må realiseres i det omfang det kan ske uden at foreclose konkurrenterne. *Post Danmarks direct mail-rabatsystem* kvalificerer dele af analysen yderligere, idet det heri antages, at også ekskluderingen af en mindre effektiv konkurrent vil kunne udgøre et misbrug, forudsat denne på sigt kunne have opnået samme effektivitet som den dominerende aktør.¹⁶⁸ Endvidere påpeges det mere specifikt, at realiseringen af stordriftsfordele m.v. ikke må medføre foreclosure.¹⁶⁹ Dette blev ført mere tydeligt igennem i *Post Danmark - magasinpost II*,¹⁷⁰ hvor Konkurrenceankenævnet i sin kendelse direkte bemærker, at henset til Post Danmarks meget dominerende stilling (markedsandele over 80%) måtte adgangen til et meeting competition forsvaret anses som yderst begrænset. Tilsvarende betragtninger om en skærpet misbrugsstandard når der foreligger meget høje markedsandele er fremhævet i andre nyere afgørelser jf. ovenfor pkt. 5.1.2.

Ud over at opstille visse retningslinier for hvornår mængderabatsystemer kan have en markedslukkende effekt, opstilles der i *Enforcement Paper* for objektive begrundelser og effektivitetsargumenter i tilknytning til rabatter, hvilket bl.a. indfatter, at de generelle betingelser for et effektivitetsforsvar skal opfyldes. Derudover fremhæves det specifikt,¹⁷¹ at rabatter, der anvendes til at realisere besparelser, kun kan legitimeres, hvis besparelserne konkret kan eftervises, samt at rabatter på linie med egentlige eksklusivaftaler legitimt kan anvendes i tilknytning til kundespecifikke investeringer. Det er altså ifølge EU-Kommissionen legitimt at indrømme en rabat, hvis det sker med henblik på at sikre rentabilitet af en (kommende) investering. Endelig noteres det, at rabatter kan anvendes som et instrument til at imødegå markedsagt i senere omsætningsled ved at give downstream placerede selskaber med markedsagt et incitament til at øge deres efterspørgsel.¹⁷²

4.4. Selektive rabatter og selektive prissænkninger

Selvom selektive prissænkninger, og selektive rabatter, der alene indrømmes bestemte kunder, som udgangspunkt bedømmes efter de samme prin-

¹⁶⁸ Se pkt. 502-507, der bl.a. henviser til *Enforcement Paper*, pkt. 23.

¹⁶⁹ Se pkt. 621.

¹⁷⁰ Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. december 2011 i *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig p. 25

¹⁷¹ Se pkt. 45.

¹⁷² I forbindelse hermed antages der at ville ske en "uhensigtsmæssig" prisoptimering i det downstream placerede marked, hvormed efterspørgslen upstream begrænses, og slutaftagerne udsættes for to monopoler og derved to gange vel-færdstab. Et "problem" almindeligvis omtalt som *dobbelt marginalisering*.

cipper som andre former for loyalitetsrabatter kan der alligevel være behov for at udsondre dem. Faktuelt fordi de i principper ikke er koblet op på bestemte former for adfærd, og derved mangler mange af de traditionelle elementer fra loyalitetsrabatten. Retligt fordi det fra EU sager som fx *AKZO*¹⁷³ samt *Post Danmark I*¹⁷⁴ følger at prissætning over AVC/AIC bør anses som lovlig. Endvidere foreskriver *Intel* reelt en sontring, og mildere bedømmelse af rabatter, som ikke direkte er koblet til loyalitet.

Som allerede nævnt har selektive rabatter en fælles mængde med begrebet predatory pricing, og kan enten anskues som en variation heraf eller som en form for ekskluderende diskrimination.¹⁷⁵ Det sidste følger implicit af at alene udvalgte kunder opnår rabatten. Såfremt selektive rabatter anskues som en form for predatory pricing vil sådanne alene være udtryk for et misbrug såfremt der ikke er sikret dækning til AAC jf. *Enforcement Paper*,¹⁷⁶ Anskues de derimod som diskrimination kan de fordømmes efter principper herfor. Selvom det ikke er entydigt synes *Enforcement Paper*, at udsondre selektive prissænkninger som en form for ubetinget rabatter, der alene fordømmes såfremt de kan virke ekskluderende. Heraf følger at principperne gennemgået ovenfor pkt. 5.1.1 finder anvendes således at adfærden alene fordømmes såfremt den effektive pris er under LRAIC, og i dette spænd muligvis kun såfremt prisen ikke dækker AAC. EU-Domstolen dom i *Post Danmark I*,¹⁷⁷ fra 2012, der var en præjudiciel forelæggelse vedrørende den danske sag *Post Danmark - adresseløse forsendelser*,¹⁷⁸ fra 2004, synes at bekræfte ovenstående tilgang. Dels fastslås det at prisdiskrimination ikke i sig selv kan sidestilles med ekskludering og dels, at selektive prissænkninger under ATC men over de ydelsesspecifikke meromkostninger, ikke i sig selv kan anses som misbrug.¹⁷⁹ Højesteret endte i overensstemmelse hermed at underkende *Post Danmark - adresseløse forsendelser*, i 2013 Selvom det formentlig er for tidligt at drage entydige konklusioner på baggrund heraf er det dog rimeligt at konkludere, at selektive prissænkninger, som ikke på an-

¹⁷³ Sag C-62/86 – *AKZO*, Sml. 1991, p. I-3359.

¹⁷⁴ Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*.

¹⁷⁵ Jf. nærmere hos Kirsten Levinsen m.fl. Konkurrenceloven, DJØF 2009, pp. 780-789.

¹⁷⁶ Jf. pkt. 43 og 64.

¹⁷⁷ Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig præmis 30 og 37.

¹⁷⁸ *Post Danmark - adresseløse forsendelser* Rådsmødet den 29. september 2004.

¹⁷⁹ Beregningen af de ydelsesspecifikke meromkostninger er jf. præmis 32 og 33 genstand for en række uklarheder i forhold til traditionelt anvendte begreber. Jf. præmis 34 synes det dog accepteret at opgørelsen indholdsmæssigt minder om begrebet *Average Avoidable Cost*, AAC og altså de af EU-Kommissionen anvendte termer.

den vis synes knyttet til eksklusive elementer alene fordømmes efter en analyse af relationen til omkostningerne og konkurrenternes evne til at matche disse.

4.5. Defensive rabatter

Det er anerkendt i teori og praksis, at virksomheder, herunder også dominerende virksomheder, har en ret til at forsvare deres kundebase, det såkaldte *meeting the competition defence*,¹⁸⁰ overfor konkurrenterne. I forbindelse hermed kan rabatter eventuelt indgå i et sådant forsvar. I praksis synes EU-Kommissionen dog kun at indrømme virksomheder en begrænset adgang til at anvende rabatter for at fastholde kunderne. I *Irish Sugar*¹⁸¹ greb EU-Kommissionen ind overfor et rabatsystem, hvor de største rabatter blev tilbudt de aftagere, som geografisk var placeret i yderområdet af Irish Sugars forsyningsområde (Irland), og derved mest nærliggende til at skifte til en konkurrerende sukkerproducent, såfremt denne måtte vælge at bevæge sig ind på det irske marked. Selv om der ikke konkret var sket ekskludering af en konkurrent, blev den præventive markedslukning subsumeret under Artikel 102, også selv om rabatterne havde en form for defensiv karakter. I *BPB*¹⁸² blev det dog accepteret, at der skete en selektiv prisnedsættelse koncentreret til de områder, hvor der eksisterede en priskonkurrence. I forbindelse med den retlige prøvelse af sagen fandt EU-Retten anledning til at påpege, at denne ret ikke kunne bære, at der skete en styrkelse af den dominerende stilling,¹⁸³ hvilket indikerer et begrænset rum for anvendelsen af undertagelsen. Den danske sag, *C.K. Chokolades samhandelsbetingelser og bonusaftaler*,¹⁸⁴ vedrørte et bonussystem, hvor rabat alene blev indrømmet, hvis hele efterspørgslen blev dækket hos C.K. Chokolade, samt om dette var foreneligt med konkurrencelovens § 6. Selv om sagen vedrører konkurrencelovens § 6, blev det som begrundelse for ikke at anse rabatten for problematisk bemærket, at der forelå købermagt i aftagerleddet, hvilket eventuelt også kan bruges som begrundelse for at anse et loyalitetsskabende rabatsystem for foreneligt med Artikel 102/KL § 11.¹⁸⁵ Endelig er *Post Danmark* -

¹⁸⁰ Se nærmere om dette begreb hos Caroline Heide-Jørgensen m.fl. *EU Konkurrenceret*, DJØF 2008, pp. 632-634 samt Martin Andreas Gravengaard, *Meeting competition defence-princippet – et forsvar for prisdiskrimination og predatory pricing*, UfR 2006B 137.

¹⁸¹ Sag T-228/97 – *Irish Sugar plc*, Sml. 1999, p. II-2969.

¹⁸² *BPB Industries*, EFT 1989L 10/50, pkt. 131-134.

¹⁸³ Sag T-65/89 – *BPB Industries*, Sml. 1993, p. II-389, præmis 69.

¹⁸⁴ *C.K. Chokolades samhandelsbetingelser og bonusaftaler*, Rådsmødet den 28. april 1999.

¹⁸⁵ Omvendt syntes det ikke at have påvirket bedømmelsen i *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, Rådsmødet den 23. februar 2000, at køber måtte anses for dominerende på købermarkedet.

magasinpost II,¹⁸⁶ interessant, idet Konkurrenceankenævnet direkte bemærker at henset til Post Danmark meget dominerende stilling (markedsandele over 80%) måtte adgangen til et meeting competition forsvar være yderst begrænset. Samlet synes praksis at indikere et begrænset rum for anvendelsen af rabatter defensivt, medmindre det sker med henblik på at imødegå en specifik konkurrents "aggressive" adfærd over for eksisterende kunder.¹⁸⁷ Særligt virksomheder med meget markante markedspositioner vil være afskåret fra at iværksætte defensive rabatter.

4.6. Sammenfattende om loyalitetsrabatter

Aftaler med eksklusive elementer og rabatter med loyalitetsskabende effekter kan medføre lukningen af et marked generelt og et nyliberaliseret marked i særdeleshed. Praksis indikerer i overensstemmelse hermed et yderst begrænset rum for anvendelsen af begge instrumenter, også selv om der er tale om rene mængderabatsystemer. Praksis synes dog at indrømme en vis margin i forhold til at anerkende et legitimt behov for at håndtere atypiske omkostningsprofiler, fx stordriftsfordele knyttet til faldende marginalomkostninger ved en udvidelse af produktionen/afsætningen samt meget betydelige investeringsbehov. Mere generelt åbner praksis for anvendelsen af omkostningsrabatter, hvor kunden belønnes eller kompenseres for adfærd, der understøtter besparelser hos det dominerende selskab. Tilsvarende er der forsøgt opstillet retningslinier for rabatsystemer baseret på mængderabatter, herunder selektive rabatter og rabatter, der ikke entydigt er koblet til en omkostningsreduktion, således at sådanne kan indrømmes såfremt de er egnet til at medføre en foreclosure.

Enforcement Paper rummer en række kvalifikationer til de opstillede retningslinier. Dels fremhæves det at realiseringen af stordriftsfordele ikke må medføre en markedslukning, og dels at det i sidste ende er et spørgsmål om effekten af en rabat. Såfremt denne konkret vurderes at kunne medføre foreclosure er det reelle rum for anvendelsen heraf begrænset. Dette må navnlig antages at være tilfældet såfremt rabatten indrømmes af et selskab, hvis markedsposition har karakter af quasi monopol. Derudover synes nyere praksis, navnlig EU sagerne *Tomra* og *Intel*, at opstille en sondring mellem de klassiske loyalitetsrabatter, genstand for en restriktiv bedømmelse, og rabatter, der alene de facto kan medføre foreclosure. En praksis og en retsstilling, hvor rabatter, der alene indrømmes mod loyalitet, uanset hvor ukonkret

¹⁸⁶ Konkurrenceankenævnets kendelse af 8. december 2011 i Post Danmark vs. Konkurrencerådet. Se navnlig p. 25

¹⁸⁷ Se også COMP/C3/37.990 – *Intel*, pkt. 1626-1631.

tilkendegivelsen herom måtte være, bedømmes restriktivt mens (alle) andre former for rabat kræver en konkret og effektbaseret analyse. *Enforcement Paper* anviser et eksempel på det sidste. Derved synes kl. § 11 og Artikel 102 (muligvis) at adoptere en sondring mellem adfærd med et konkurrencebegrænsende *objekt*, genstand for en restriktiv bedømmelse, overfor adfærd med en konkurrencebegrænsende *effekt*, genstand for en konkret effektanalyse. En sondring udviklet og modnet under kl. § 6 og Artikel 101. Det er dog for tidligt entydigt at konkludere dette.

5. Diskrimination

Det følger af Artikel 102, litra c, og KL § 11, stk. 3, nr. 3, at "*anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen*", dvs. diskrimination er uforenelig med Artikel 102. Forbuddet omfatter i forbindelse hermed såvel prisrelateret som ikke-prisrelateret diskrimination og kan begrebsmæssigt antages at foreligge, hvis:¹⁸⁸

- a) identiske forretningspartnere behandles forskelligt, eller
- b) forskellige forretningspartnere behandles identisk.

Det afgørende er den usaglige forskelsbehandling, og at disse stilles ringere i konkurrencen,¹⁸⁹ jf. formuleringen af Artikel 102, litra c, og KL § 11, stk. 3, nr. 3. Som følge af den effektbaserede tilgang til misbrug annonceret med *Enforcement Paper* må det endvidere forudsættes, at der sker en (mærkbar) forringelse af konkurrencen. Den formentlig hyppigst fremkommende form for forskelsbehandling er forskelle i indrømmende rabatter, hvormed diskriminationsforbuddet får en strategisk betydning i forhold til dominerende virksomheders evner og muligheder for at anvende rabatter.

5.1. Diskrimination og andre former for misbrug

Selv om Artikel 102 og KL § 11 selvstændigt fremhæver diskrimination som et eksempel på misbrugsadfærd, ses det i praksis ofte, at prisdiskrimination implicit indgår i en række andre former for misbrugsadfærd, fx overpriser og predatory pricing.¹⁹⁰ Navnlige de sidste vil ofte have en selektiv og

¹⁸⁸ Se fx sag COMP/A.36.568/D3 – *Scanlines Sverige AB vs. Port of Helsingborg*, pkt. 276, for en nyere sag, hvor dette forhold fremhæves.

¹⁸⁹ I dansk praksis kan der dog spores rester af en tredje form for diskrimination, jf. nærmere nedenfor, omfattende at små og mellemstore virksomheder tilbydes ringere vilkår end større virksomheder.

¹⁹⁰ Eventuelt margin squeeze jf. EU sagen AT.39678/AT.39.731 - *Deutsche Bahn I/II*.

målrettet karakter, således at alene udvalgte kundesegmenter begunstiges heraf, mens de øvrige præsenteres for væsentlig ringere samhandelsvilkår og derved diskrimineres. I EU-sager som *AKZO*¹⁹¹ og *Tetra Pak II*,¹⁹² der bl.a. vedrørte predatory pricing, var prisdumpningerne koncentreret til en række horisontalt placerede nabomarkeder, hvormed kunderne på hovedmarkedet de facto blev diskrimineret. Der er dog ikke noget begrebsmæssigt, der binder *predatory pricing* sammen med *prisdiskrimination*. I praksis vil evnen til at isolere prisdumpningen til et separat marked eller udvalgte kundegrupper og derved optagelsen af et diskriminatorisk element ofte væsentligt reducere omkostningen forbundet herved, og derved fremstå som ”attraktivt” for den dominerende virksomhed. Evnen til at udøve visse former for diskrimination må derfor forventes at øge sandsynligheden for en succesfuld markedsekskludering og derved tillige sandsynligheden for, at den dominerende aktør vil finde det relevant at indlede en prisdumpning. Endvidere ses det lejlighedsvist, at primært offentligt ejede selskaber forsøger at begunstige nationale eller lokale selskaber, der er aktive på et afledt marked, på bekostning af udenlandske eller ikke-lokale selskaber,¹⁹³ og at privatejede selskaber implementerer geografisk betinget forskelsbehandling.¹⁹⁴

Som konsekvens heraf har diskriminationsforbuddet et fællesområde i forhold til andre former for misbrugsadfærd og indre markedsreglerne. Forståelsesmæssigt kan det derfor være relevant at sondre mellem:¹⁹⁵

¹⁹¹ Sag C-62/85, *AKZO*, Sml. 1991, p. I-3359.

¹⁹² Sag 333/94P – *Tetra Pak International SA*, Sml. 1996, p. I-5951.

¹⁹³ Se fx sag C-18/93 - *Corsica Ferries*, Sml. 1994, p. I-1783, navnlig præmis 45, sag 95/364/EF: *EU-Kommissionens beslutning af 28. juni 1995 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 90, stk. 3 (Bruxelles-National lufthavnen)*, EFT 1995L 216/8, og sag IV/35.703 - *Portugisiske lufthavne*, EFT 1999L 69/31. For danske sager omkring samme problemstilling se *Forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*, Rådsmøde den 26. maj 1999, og *fastlæggelse af færgetakster*, Rådsmøde den 16. december 1998.

¹⁹⁴ Se sager som fx sag C-27/76 – *United Brands Company*, sag 333/94P – *Tetra Pak*, sag T-228/97 – *Irish Sugar plc*, Sml. 1999, p. II-2969, og sag C-226/84 - *British Leyland*, Sml. 1986, p. 3263, for eksempler på geografisk betinget diskrimination uforenelig med Artikel 102, litra c.

¹⁹⁵ Jvf. fx COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, pkt. 93 hvor EU-Kommissionen fastslår, at ”The wording [of Article 102] covers three types of discrimination, the first two of them exclusionary and the last one exploitative: (i) the customer of the dominant firm is placed at a competitive disadvantage vis-à-vis the dominant firm itself; (ii) in relation to other customers of the dominant firm; or (iii) the cus-

⇒ Ekskluderende diskrimination, lejlighedsvis omtalt som *primary-line-discrimination*, hvor den diskriminatoriske adfærd er rettet mod ekskluderingen af en konkurrent på samme marked eller omsætningstrin, fx anvendelsen af selektive prisdumpninger overfor dennes aktuelle eller potentielle kunder eller indgåelsen af forskellige former for single branding-aftaler med disse.

overfor

⇒ Udnyttende diskrimination, lejlighedsvis omtalt som *secondary-line-discrimination*, hvor diskriminationen sker mellem forretningspartnere på et afledt marked placeret vertikalt eller horisontalt,¹⁹⁶ der som følge af diskriminationen stilles forskelligt i konkurrencen. Eventuelt kan der heri ske en kombineret udnyttelse og ekskludering samt eventuel rummes elementer af national eller geografisk betinget diskrimination. Den ene "forretningspartner" kan eventuelt være et datterselskab eller et koncerninternt aktivitetsområde, jf. nedenfor.

Selv om den sproglige formulering af Artikel 102, litra c, og KL: § 11, stk. 3, nr. 3, jf. ordlyden af forbuddet, "*anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen*", alene synes at omfatte den usaglige forskelsbehandling mellem to egentlige forretningspartnere, falder *primary-line-discrimination* dog også indenfor - et forhold fastslået forholdsvis tidligt med EU-sager som *Suiker Unie* og *Hoffmann-La Roche* fra henholdsvis 1975 og 1979 og fastholdt i nyere praksis såsom *Michelin II* fra 2003 og den danske sag *Post Danmark - adresseløse forsendelser*¹⁹⁷ fra 2004. De to diskriminationsformer kan i øvrigt ikke antages at være indbyrdes udelukkende, og i praksis kan begge former foreligge parallelt. I *BPB Industries Plc og British Gypsum Ltd*¹⁹⁸ var et rabatprogram fx blevet tilbagetrukket i forhold til de aftagere, som også aftog leverancer fra en ny konkurrent til den dominerende aktør og ud-

tomers suffers commercially in such a way that its ability to compete in whatever market is impaired. It is obvious that type (i) and (iii) do not require a competitive relationship between the two comparator groups." Der er ikke begrebsmæssige og indholdsmæssige forskelle mellem EU-Kommissionens angivelser og de valgte sonddringer, idet der jf. nærmere nedenfor pkt. 6.2.1, litra d ikke lægges vægt på identifikationen af en konkret konkurrencesituation mellem to virksomheder.

¹⁹⁶ Horisontal diskrimination kan fx antages at foreligge, hvis to produkter bundles og sælges samlet, således at aftagere, der alene ønsker at aftage det ene produkt, diskrimineres i forhold til dem, som aftager dem begge.

¹⁹⁷ *Post Danmark - adresseløse forsendelser*, Rådsmødet den 29. september 2004.

¹⁹⁸ Sag T-65/89 – *BPB Industries Plc og British Gypsum Ltd*, Sml. 1993, p. II-389.

videt i forhold til dem, som forblev loyale. EU-Retten noterede i præmis 119, at:

"En sådan praksis havde på grund af sin diskriminerende karakter klart til formål at straffe grossister, der agtede at importere gipsplader, og afholde dem fra at gøre dette og således gøre BG's stilling på gipsmarkedet endnu stærkere."

I realiteten kan der altså deduceres både primær- (gøre BG's stilling på gipsmarkedet endnu stærkere) og second-line-discrimination (straffe grossister, der agtede at importere gipsplader). Sondringen er altså alene af forståelsesmæssig karakter og repræsenterer ikke doktrinære forskelle.¹⁹⁹ Kerneområdet for diskriminationsforbuddet i Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 3, i hvert fald teoretisk, må dog antages at være sekundær diskrimination, da primary-line-discrimination tillige kan subsumeres under Artikel 102, litra b og KL § 11, stk. 3, nr. 2. Ud over primær- og second-line-discrimination kan der i EU-praksis udsondres en praksis, der knytter sig til nationalitetsorienteret diskrimination. Som udgangspunkt er denne form for diskrimination "fejlplaceret" under Artikel 102, jf. nærmere nedenfor. Visse sammenfattende linier opstilles dog nedenfor.

5.2. Uklar analyseramme

Selv om diskrimination falder inden for det, der må anses for at være kerneområdet for anvendelsen af Artikel 102 og KL. § 11 er praksis fyldt af en række uklarheder, hvortil kommer at evnen til at prissætte forskelligt på tværs af markeder og kundesegmenter, dvs. at diskriminere i en række situationer, antages at være velfærdsmaksimerende.²⁰⁰ Endvidere kan diskrimination i tilknytning til atypiske omkostningsstrukturer og stordriftsfordele fremstå som et instrument rettet mod at sikre det generelle udbud og forsyningssikkerheden samt at få inddækket afholdte investeringer, idet evnen til at gøre forskel på kunderne kan medvirke til, at den samlede afsætning

¹⁹⁹ Se tilsvarende sag T-219/99- *British Airways plc*, Sml. 2003, p. II-5917, og *Post Danmark - adresseløse forsendelser* Rådsmødet den 29. september 2004. Den sidste indeholder i pkt. 128-185 en redegørelse for begreberne primær- og second-line-discrimination samt deres tilknytning til den faktiske retsanvendelse.

²⁰⁰ Jf. nærmere hos Robert S. Pindyck og Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics, fifth edition*, Prentice Hall 2001, p. 371-381, Simon Bishop og Mike Walker i *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2002, p. 194-205 samt Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 491-511.

øges.²⁰¹ Navnlig virksomheder pålagt forskellige former for Public Service/Universal Services-forpligtelser kan derfor forsøge at legitimere anvendelsen af diskrimination under henvisning hertil, forudsat der ikke er opstillet sektorspecifikke regler og kompensationsmodeller. I realiteten vil diskrimination ofte være en kommercielt hensigtsmæssig disposition, der kun vanskeligt kan antages at adskille sig fra den normale forretningsdisposition eller realiseringen af kommercielle fordele knyttet til positionen som dominerende aktører, kendetegnet ved henholdsvis den ekskluderende og udnyttende misbrugsadfærd. Det bør heller ikke overses, at den historiske baggrund for diskriminationsforbuddet i Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 2, og de parallelle danske regler formentlig har været et ønske om at beskytte små og mellemstore virksomheder fra at blive tilbudt ringere vilkår end større kunder. Bestemmelsen har altså et betydeligt socialpolitisk indhold, der ligger langt fra konkurrencerettens grundlæggende ønske om at beskytte forbrugervelfærden og den effektive ressourceanvendelse.

Ikke overraskende er rammen for at analysere eventuelle konkurrenceskadelige effekter med karakter af diskrimination flimret, og praksis på en række punkter uklar. Derudover kan et vidtgående forbud mod diskrimination og forskelsbehandling direkte være konkurrenceskadelig, idet en begrænsning af muligheden for legalt at konkurrere på prisen kan virke fremmede for tendenser til collusion.²⁰² Endelig er det efter EU-Domstolens dom i *Post Danmark I*,²⁰³ der specifikt vedrørte efterprøvning af den danske *Post Danmark – adresseløse forsendelser* og koblingen heri mellem primary-line diskrimination og ekskludering, mindre åbenbart, at denne uden videre kan etableres. Implicit heri ligger at primary-line diskrimination formentlig ikke er et selvstændigt misbrug.

²⁰¹ Se Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 495-497, og Derek Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, p. 286-303, navnlig p. 287 om incitamentet og velfærdskonsekvenserne knyttet til prisdiskrimination.

²⁰² Navnlig hvis markedet allerede har tendenser hertil, hvilket navnlig vil være tilfældet, hvis konkurrenceformen er oligopolistisk og virksomhederne forholdsvis identiske i forhold til omkostninger og strukturer, jf. Damien Geradin og Nicolas Petit, *Price Discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case Approach*, GCLC Working Paper 07/05, p. 22-23, samt *Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser*, EFT 2004C 31/5, pkt. 48.

²⁰³ Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*.

5.2.1 Principperne følger dog af ordlyden

En række yderligere betingelser af retlig karakter kan ekstraheres direkte fra formuleringen af Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 2, der opstiller fire krav for at kvalificere en forskelsbehandling, som er uforenelig med Artikel 102 og KL. § 11, omfattende:²⁰⁴

- a) Anvendelse af ulige vilkår: Den usaglige forskelsbehandlings nærmere karakter er irrelevant, dvs. prisbaseret eller ikke prisbaseret. Det afgørende kriterium for at bringe bestemmelsen i anvendelse er den selektive indrømmelse af fordele af økonomisk karakter til udvalgte handelspartnere på bekostning af andre, hvilket kan omfatte forskellige former for selektive og ikke omkostningsbegrundede rabatter²⁰⁵, tying²⁰⁶, forhøjede eller uniforme priser²⁰⁷ eller andre former for begunstigelser, eventuelt alene af tidsmæssig karakter, der rummer en økonomisk værdi. I praksis er det dog navnlig anvendelsen af ikke-omkostningsbestemte rabatter med loyalitetsskabende elementer, der har foreligget til bedømmelse og givet anledning til "problemer".
- b) Ydelser af samme værdi: Kravet om ligebehandling forudsætter, at situationer og vilkår kan sammenlignes og fordrer altså en sammenligning af leveringsbetingelserne samt en vurdering af, om der i tilknytning hertil stilles særkrav eller pålægges særtillæg, der medfører, at sammenlignelige kunder opnår forskellige vilkår, eller om samme vilkår efter omstæn-

²⁰⁴ Eksemplerne i Artikel 102 er ikke udtømmende og ordlyden af Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 2 begrænser derfor ikke direkte indholdet af det konkurrenceretlige diskriminationsbegreb. Omvendt udgør de et naturligt udgangspunkt for fastlæggelse heraf.

²⁰⁵ Se fx de forenede sager C- 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, p. 1663, navnlig præmis 522, hvor en selektiv rabat kun blev ydet, hvis hele efterspørgslen blev placeret hos den dominerende aktør, hvilket EU-Domstolen fandt diskriminerende. Generelle og objektive mængderabatter antages dog normalt at være forenelige med Artikel 102, jf. sag IV/34.621 - *Irish Sugar plc*, EFT 1997L 258/1, pkt. 153.

²⁰⁶ I sager som sag T-30/89 - *Hilti*, Sml. 1991, p. II-1439, og sag IV/30.178 - *Napir Brown - British Sugar*, EFT 1988L 284/41, hvor der dog ikke refereres til Artikel 102, litra c, for dømmes forskellige former for bundling af produkter og tjenester, og den manglende indrømmelse af en rabat eller prisreduktion, såfremt produkterne blev købt separat. Samme problemstilling forelå i sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 - *Van den Bergh Foods Limited*, EFT 1998L 246/1, hvor is og isfrysere blev bundtet sammen og ingen rabat ydet, hvis isen blev købt separat.

²⁰⁷ Uniforme priser, dvs. identiske priser, kan være diskriminerende, hvis de ikke tager hensyn til, at forskellige kundetyper bør tilbydes forskellige prisvilkår, fx kvantumrabatter ved storindkøb eller afhentning af lager mv.

dighederne anvendes overfor forskellige kunder. I *United Brand*²⁰⁸ og *Tetra Pak II*²⁰⁹ blev anvendelsen af geografisk betingede prisforskelle, fx fundet uforenelig med Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 2, da disse medførte, at sammenlignelige kunder blev behandlet forskelligt.²¹⁰ Tilsvarende fandt Konkurrencerådet i *Afhentning af økologisk mælk på Samsø*,²¹¹ at der forelå diskrimination, når alene økologiske mælkeproducenter blev opkrævet en ekstrabetaling som følge af placeringen i et geografisk yderområde. Modsat blev det noteret i den danske sag, *Klage over prisdiskriminering*,²¹² at to kunder ikke kunne sammenlignes grundet forskelle i størrelsen af de ordrer, de afgav, og derved omkostningerne hos den dominerende aktør. Implicit i *Afhentning af økologisk mælk på Samsø* synes dog at ligge en antagelse om, at der ikke foreligger diskrimination, når Arla pålagde alle mælkeproducenter det samme gebyr for afhentningen af mælk uanset deres geografiske placering og de derved tilknyttede omkostninger. Selv om afgørelsen alene foreligger som et resume, kan den muligvis udlægges til støtte for, at der under dansk ret legalt kan opstilles en udligningsordning mellem virksomheder, således at deres pris og vilkår er identiske uanset forskelle i de tilknyttede samhandelsomkostninger, forudsat ordningen har en generel og bred karakter, dvs. ikke er rettet mod en enkelt virksomhed. Ud over selve prisen kan eventuelle tidsfaktorer, dvs. prioriteret over for forsinket levering mv., længden af en indrømmet kredittid eller betalingsfrist eventuelt inddrages, da tidsfaktoren må antages at rumme en økonomisk værdi.

Diskrimination er dog ikke kun et spørgsmål om at behandle identiske forretningspartnere identisk, men også at behandle forskellige forretningspartnere forskelligt. I *British Sugar/Napir Brown*²¹³ var der bl.a.

²⁰⁸ Sag C-27/76 – *United Brands Company*, Sml. 1978, p. 207. Se navnlig præmis 234.

²⁰⁹ Sag 333/94P – *Tetra Pak International SA*, Sml. 1996, p. I-5951, med forudgående afgørelse fra Retten, T-83/91 – *Tetra Pak International Sa*, Sml. 1994, p. II-755. Spørgsmålet om diskriminatoriske priser blev ikke indbragt for EU-Domstolen. Retten's kvalificering af adfærden som uforenelig med Artikel 102, litra c, fremgår af præmis 170-173 i dennes dom.

²¹⁰ Se også sag T-228/97 – *Irish Sugar plc*, Sml. 1999, p. II-02969, og sag C-226/84 – *British Leyland*, Sml. 1986, p. 3263, for eksempler på sager, hvor forskellige former for rabatter og særtillæg synes at have haft til formål at fragmentere det indre marked og den frie bevægelighed, og hvor Artikel 102, litra c, blev bragt i anvendelse heroverfor.

²¹¹ *Afhentning af økologisk mælk på Samsø* – Rådsmøde den 26. september 2001.

²¹² *Klage over prisdiskriminering*, Rådsmødet den 26. august 1998.

²¹³ Sag IV/30.178 – *Napir Brown* – *British Sugar*, EFT 1988L 284/41, hvor der dog ikke henvises til Artikel 102, litra c.

opstillet en række leveringsvilkår, der ikke tog hensyn til, om aftagerne af industrisukker selv kunne afhente dette hos producenten, hvormed en konkurrent på det afledte marked væsentligt blev afskåret fra at realisere en række stordriftsfordele, der kunne have gjort denne konkurrencedygtig i forhold til den dominerende aktør. Afgørende for bedømmelsen efter Artikel 102 og KL. § 11 bliver derfor navnlig, hvornår forretningspartnere kan antages at være sammenlignelige,²¹⁴ samt hvor store forskelle der må gøres imellem disse. Det sidste har betydning, da prissætning med udgangspunkt i kundernes prisfølsomhed, dvs. villighed og evne til at betale, i visse situationer antages at være velfærdsmaksimerende. Selv om både EU-Kommissionen og EU-Domstolen generelt fandt geografisk betingede forskelsbehandlinger uforenelige med Artikel 102, litra c, i *United Brand*,²¹⁵ blev visse former for geografisk betinget forskelsbehandling dog legitimeret, idet det blev påpeget, at: "*det er ikke unormalt at forskelle med hensyn til transportomkostninger, afgifter, told, arbejds løn, markedsføringsvilkår, forskelle i valutakurser og intensiteten i konkurrencen kan føre til forskelligt prisniveau ved videresalg i detaileddet i de forskellige medlemsstater....*". Ud over at fastslå at kunder placeret i forskellige lande og områder ikke ubetinget kunne sammenlignes, er det navnlig den sidste kvalificering "*intensiteten i konkurrencen*", der er interessant ved at indikere, at forskelle i konkurrencesituationen på det afledte marked kan føre til, at kundegrupper ikke ubetinget kan sammenlignes, da de må antages at have forskellige grader af prisfølsomhed. Dette forhold blev mere generelt accepteret, i hvert fald i princippet, i EU sagen *Deutsche Bahn*,²¹⁶ således at det ikke udgør diskrimination under Artikel 102 hvis der ved prissætningen for et produkt eller en tjeneste tages hensyn til konkurrencesituationen og konkurrencepresset på det afledte marked og derved aftagernes betalingsevne.²¹⁷ Ligeledes accepterede EU-Kommissionen, indirekte, mere generelt at efterspørgselsrelateret forhold kunne legitimere prisforskelle i *Scanlines*

²¹⁴ I sag C-77/77 - *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij Bv mfl.*, Sml. 1978, p. 01513, blev visse former for præferencebehandling af stamkunder fx accepteret. Se præmis 32.

²¹⁵ Se præmis 228.

²¹⁶ T-229/94 - *Deutsche Bahn AG*, Sml. 1997, p. II-1689.

²¹⁷ Se præmis 91. Se i øvrigt sag IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*, EFT 1997L 258/1, navnlig pkt. 146. Anvendelsen af forskellige priser kan dog evt. udgøre udnyttende adfærd, in casu overpriser jf. fx. udkastet til *Enforcement Paper*, pkt. 141.

Sverige AB vs. Port of Helsingborg.²¹⁸ Kunder erhvervet via et udbud kan derfor formentlig indrømmes bedre vilkår end tredjemand uanset en eventuel sammenlignelighed²¹⁹ ligesom et vindue syntes åbnet for rabatter begrundet i konkurrencesituationen.

- c) Over for handelspartner: Forbuddet med diskrimination omfatter, som tidligere påpeget, såvel begunstigelse af egne aktiviteter på et afledt marked som forskelsbehandling mellem forskellige aktører på dette marked²²⁰ samt visse former for adfærd, der i realiteten slet ikke er rettet mod dem, som diskrimineres, men derimod at få ekskluderet en horisontal og umiddelbar konkurrent. Fælles for subsumeringen af både primary-line og second-line discrimination under Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 2, må dog være identifikationen af en konkurrencesituation, eventuelt alene af hypotetisk karakter, mellem de begunstigede og ikke-begunstigede på det afledte marked eller i forhold til den virksomhed, der forsøges ekskluderet via diskriminationen. I modsat fald kan konkurrencen næppe antages at blive forstyrret som følge af forskelsbehandlingen. Der skal altså som udgangspunkt være en konkurrencesituation mellem dem, som indrømmes rabatten og dem som ikke opnår den. I *Tiercé Ladbroke*²²¹ blev en forskelsbehandling i forhold til manglende meddelelse af licens til en aktør på det belgiske marked afvist under henvisning til, at der ikke var en konkurrencesituation i forhold til en række aktører i bl.a. Tyskland, som havde opnået licens.²²² Tilsvarende forelå der ikke en diskriminerende rabat i den danske sag *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*,²²³ idet Konkurrencerådet ikke fandt at der forelå en konkurrencesituation mellem de skibe,

²¹⁸ Sag COMP/A.36.568/D3 – *Scanlines Sverige AB vs. Port of Helsingborg*, pkt. 241. Denne del af sagen vedrørte anvendelsen af overpriser, men kan rimeligvis mere generelt overføres til diskrimination.

²¹⁹ Se nærmere hos Niels Kjærsgaard, *Kan dominerende virksomheder lovligt prisdiskriminere ved udbud eller i udbudslignende situationer*, UfR 2010B.31, der dog modsiges af Grith Ølykke, *Kan en udbudskontekst være en objektiv begrundelse for prisdiskrimination*, UfR 2010B.168.

²²⁰ Det fremgår ikke entydigt af litra c, at denne sidestiller koncerninterne leverancer med leverancer til tredjemand. I praksis er en sådan standard dog udviklet, jf. bl.a. sag 33.941 - *HOV SVZ/MCN*, EFT 1994L 104/34, navnlig pkt. 245–247, samt sag C-260/89 - *Elliniki Radiophonia*, Sml. 1991, p. I-2925, navnlig præmis 36-38, hvor forbuddet mod begunstigelse af egne aktiviteter på det forbundne marked fremhæves.

²²¹ T-504/93 – *Tiercé Ladbroke*, Sml. 1997, p. II 923.

²²² Se også sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*, pkt. 311.

²²³ *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*, Rådsmødet den 26. marts 2003.

som blev tilbudt forskellige vilkår.²²⁴ I sidste ende er spørgsmålet om konkurrencesituationen dog navnlig et spørgsmål om, hvordan det relevante marked afgrænses,²²⁵ idet udgangspunktet må være, at parterne, der rammes af diskriminationen, skal være aktive på det samme (geografiske) produktmarked. I det omfang to adskilte markeder på sigt kan antages at smelte sammen, kan anvendelsen af forskellige vilkår i forhold til selskaber, som er aktive på disse to, dog efter omstændighederne udgøre diskrimination.²²⁶

- d) Som derved stilles ringere i konkurrencen: Det følger direkte af formuleringen af Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 2, men vil i princippet også følge mere generelt af de underliggende hensyn i det konkurrenceretlige begrebsapparat, at der skal ske en negativ påvirkning af konkurrencen og konkurrencesituationen som følge af forskelsbehandlingen.²²⁷ Den nærmere kvalificering af standarden er vanskelig, og historisk synes spørgsmålet ikke at være tillagt større betydning i praksis, hvis de øvrige betingelser er opfyldt.²²⁸ I stedet er der traditionelt fokuseret på eksistensen af eventuelle objektive begrundelser for forskelsbehandlingen,²²⁹ hvilket navnlig kan være forskelle i omkostningerne.²³⁰

²²⁴ EU-Kommissionen antager dog i sag COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, pkt. 93 at en konkret konkurrencesituation ikke fordres.

²²⁵ Se Valentine Korah, *The Ladbroke Saga*, ECLR 1998, p. 169-176.

²²⁶ Jf. meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren - *Rammebestemmelser, relevante markeder og principper*, EFT C 1998 265/2, pkt. 121.

²²⁷ I sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*, pkt. 302, bemærker EU-Kommissionen, at "*The existence of discrimination therefore presupposes that the condition be dissimilar, that transactions – in this case, the services provided – be equivalent, and the through its behaviour the dominant undertaking places trading parties at a competitive disadvantage.*"

²²⁸ Jf. Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999, p. 176, Damien Gerardin, *Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research papers on Article 82 EC, p. 122-123, samt Gunnar Niels & Helen Jenkins, *Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down*, ECLR 2005, p. 608.

²²⁹ Damien Gerardin, *Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research papers on Article 82 EC, p. 123-125.

²³⁰ I *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*, Konkurrencestyrelsens brev af 23. marts 1999 til klageren blev det fx påpeget, at der bestod visse forskelle i omkostningerne knyttet til levering af distriktsblade i henholdsvis byerne og på landet, hvilket bl.a. støttede, at der ikke forelå diskrimination uforenelig med KL § 11. Se tilsvarende *Nissan Motor Danmark A/S indfører nye rabatbetingelser*, Rådsmødet

Selv om det sidste kan udgøre en ventil, der samlet fører til et hensigtsmæssigt resultat, er *påvirkning af konkurrencen* og *objektiv begrundelse* to forskellige ting. I nyere (danske) sager ses det dog jf. nedenfor anerkendt, at påvirkningen skal være reel.

En række yderligere betingelser kan endvidere ekstraheres fra mærkbarhedskriteriet. Der må fx kunne opstilles som generel betingelse, at diskriminationen udøves i forhold til leveringen af en vare eller tjeneste, som har en nødvendig karakter for adgangen til det afledte marked,²³¹ samt at der kan identificeres (betydelige) adgangsbarrierer, der hindrer virksomheden ramt af diskriminationen fra selv at kopiere den dominerende aktørs forretningsmodel.²³² Endvidere skal forskelsbehandlingen have en vis substans, fx ved at forskellene i rabattrinene, ligger udover det bagatelagtige. Tilsagnsaftalen, som lukkede den danske sag *SuperGros' samhandelsbetingelser*,²³³ tillader fx mindre spring i rabattrinene og forudsætter derfor ikke matematisk ligebehandling. Endelig må det, som allerede påpeget, kunne kræves, at diskriminationen udøves i forhold til leveringen af en vare eller en tjeneste, der repræsenterer en væsentlig andel af værdien af færdigvareproduktet. I modsat fald kan der næppe antages at ske en påvirkning af konkurrencen.²³⁴ Et eksempel herpå findes i *CPH GO*,²³⁵ fra 2011, hvor det bemærkes at en rabat på DKK 20 svarede til mellem 34 % og 43 % af bruttoavancen, var egnet til at forvride konkurrencen mellem kunderne.

den 28. August 2002, hvor det blev antaget at overgangen til ugeordre kunne omsættes i en rabat uden at dette ville være diskriminerende.

²³¹ EU-Kommissionen synes at anerkende dette i fx sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*, pkt. 224 og pkt. 226-227, hvor det dominerende selskab betegnes som en "... an unavoidable trading partner" samtidig med, at eksistensen af betydelige adgangsbarrierer forhindrer andre, herunder virksomheden ramt af den diskriminatoriske adfærd, fra at kopiere den dominerende aktørs forretningskoncept.

²³² I *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*, Konkurrencestyrelsens brev af 23. marts 1999 til klageren blev det fx også påpeget, at der kun i begrænset omfang eksisterede adgangsbarrierer i forhold til det relevante marked, hvilket i forening med andre forhold, herunder en omkostningsforskel, førte til, at der ikke forelå diskrimination uforenelig med KL § 11.

²³³ *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet 30. august 2007. Se navnlig pkt. 263, 266 og 270, hvor der henvises til at tilsagnsaftalen rummer et lavere rabatspænd end det som var anvendt tidligere.

²³⁴ EU-Kommissionen synes at anerkende dette i fx sag IV/35.613 - *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, EFT 1998L 230/10 - pkt. 109.

²³⁵ *Københavns Lufthavne A/S' terms of use for CPH GO*, Rådsmødet 21. December 2011, pkt. 485.

Konkurrencerådet anvender dog en lidt kryptisk argumentationskæde i *Klage over prisdiskriminering*²³⁶ ved at finde det konkurrencebegrænsende, at et rabatsystem var indrettet således, at alene storkunder kunne opnå adgang hertil, idet dette kunne diskriminere mindre aftagere. Sagen forefindes alene som en kort pressemeddelelse, men indikerer muligvis, at alle forholdsmæssigt skal have adgang til et rabatsystem under DK praksis. I den danske sag *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*,²³⁷ der dog alene er en vejledende udtalelse, findes det omvendt foreneligt med KL § 11, at brugere bosiddende i Århus Kommune fik en reduktion i prisen for et rabatkort til Århus Sporveje svarende til kommunens tilskud til Århus Sporveje. Som begrundelse for sin vurdering anføres det, at der alene sker en indkomstforskydning, men ikke nogen begrænsning af konkurrencen. *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort* indikerer derved, at alene diskrimination, der rammer "virksomheder", er uforenelig med KL § 11. EU-Kommissionens tilgang til *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*²³⁸ viser dog, at dette alene gælder for dansk praksis da begunstigelsen af franske fodboldfans ved fordelingen af billetter her blev fundet uforenelig med Artikel 102.

Selv om der, som ovenfor indikeret, kan deduceres en række betingelser for anvendelsen af Artikel 102, litra c, og KL § 11, stk. 3, nr. 3, direkte fra formuleringen af bestemmelsen, er der fortsat en række centrale uklarheder, navnlig i forhold til diskrimination, der fører til markedsforeclosure.²³⁹ Derudover syntes dansk praksis at afvige fra EU-praksis på en række punkter.

5.3. Primær diskrimination - foreclosure af det umiddelbare marked

Den dominerende aktørs adgang til at fremsætte favorable tilbud målrettet kunder, som enten allerede serviceres af en konkurrent, netop har skiftet hertil eller eventuelt kunne forventes at ville gøre dette snarest, dvs. primær diskrimination, falder inden for anvendelsesområdet for Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 3, og har foreligget til bedømmelse i en række sager. Indrømmelsen af rabatter til kunder, der potentielt kunne antages at ville skifte til en endnu ikke eksisterende konkurrent, dvs. den præventive mar-

²³⁶ *Klage over prisdiskriminering*, Rådsmødet den 26. august 1998.

²³⁷ *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*, brev til Århus Sporveje af 9. februar 1999. Formentlig er det mere korrekt at se sagen som "forældet".

²³⁸ I sag IV/36.888 – *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 55/5, se navnlig pkt. 102.

²³⁹ Enten af det umiddelbare marked, dvs. primary-line-discrimination, eller et vertikalt placeret marked, dvs. second-line-discrimination, hvor der sker begunstigelse af egne vertikalt integrerede aktivitetsområder.

kedslukning, blev fx bedømt og fordømt i EU sagen *Irish Sugar*.²⁴⁰ I realiteten går der en lige linie fra ældre og tidlig praksis, som *Suiker Unie* og *Hoffmann-La Roche*, til nyere praksis, som *Compagnie Maritime Belge Transports*²⁴¹ og *Michelin II*, i forhold til anvendelsen af ikke-omkostningsbegrundede rabatter og prissænkninger samt subsumeringen heraf under Artikel 102, litra c. Den konkurrencebegrænsende effekt knyttet til selektive (og diskriminerende) rabatter med en loyalitetsskabende effekt blev identificeret allerede ved *Hoffmann-La Roche*, hvor EU-Domstolen sidestillede loyalitetsrabatter med indgåelsen af en formel eksklusivitetsaftale, dvs. forskellige former for single branding, jf. ovenfor pkt. 4. Tilsvarende blev forskellige former for subjektivt udformede målrabatter, der kom til udbetaling, hvis angivne omsætningsmål blev realiseret, og et betydeligt pres derved lagt på aftagerne for at realisere disse, fundet uforenelige med Artikel 102, litra c, i *Michelin I*. Endelig blev selektive prissænkninger, der dog ikke var tabsgivende og derved inden for anvendelsesområdet for begrebet predatory pricing, men dog på linie hermed, rettet mod at ekskludere en nærmere specifik konkurrent, fundet uforenelige med Artikel 102 i *Compagnie Maritime Belge Transports* fra 2000.²⁴² Både EU-Retten og EU-Domstolen undlod dog i modsætning til EU-Kommissionen specifikt at henvise til Artikel 102, litra c.²⁴³

Den nærmere analyseramme for rabatter med diskriminerende elementer blev formuleret ved *Michelin I*, hvor EU-Domstolen, præmis 73, bemærkede, at der ved bedømmelsen af en rabat:

"... må ... henses til samtlige omstændigheder, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten som en fordel, hvortil der ikke har svaret nogen begrundet modydelse af økonomisk art, har skullet fjerne eller begrænse køberens mu-

²⁴⁰ Sag T-228/97 - *Irish Sugar*, Sml. 1999, p. II-2969.

²⁴¹ De forenede sager C-395/96P og C-396/96P - *CMB.*, Sml. 2000, p. I-01365.

²⁴² Selektive prissænkninger rettet mod at ekskludere en konkurrent forelå også i sag T-30/89 - *Hilti*, Sml. 1991, p. II-1439. Selv om EU-Kommissionen betegnede adfærden som diskriminatorisk, idet adfærden i realiteten havde haft til formål at lukke markedet for konkurrence, blev der dog ikke henvist til Artikel 102, litra c.

²⁴³ Se sag IV/32.448 og IV/32.450: *Cewal, Cowac, Ukwai*, EFT 1993L 34/20, pkt. 83. I *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, pkt. 129, forsøgte EU-Kommissionen at rubricere den selektive, men dog ikke tabsgivende prissætning, som en form for predatory pricing. Synspunktet ses ikke videreført i den endelige udgave, men indikerer dog at selektive prisreduktioner begrebsmæssigt udgør en mellemtang mellem underbudspriser og forskellige former for prisdiskrimination, samt at den nærmere henføring er præget af visse uklarheder.

ligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet, idet der over for handelspartnere anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, og den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen".

Ud over at lægge vægt på eventuelle effekter med karakter af foreclosure knyttet til effekten af rabatten var det navnlig den manglende omkostningsmæssige begrundelse herfor, som gav anledning til kritik. Det er dog muligt at EU-Domstolen dom i *Post Danmark I*,²⁴⁴ fra 2012 har opblødt den traditionelt meget restriktive praksis. Det bemærkes således heri, at primary-line-discrimination ikke i sig selv kan sidestilles med ekskludering samt at selektive prissænkninger under ATC ikke per se kan betragtes som ulovlig alene under henvisning til et diskriminerende element. Forudsat den selektive prisreduktion, in casu rabatten, er ren og ikke blandet med andre og mere traditionelle loyalitetslementer følger det formentlig fra *Post Danmark I* at dette bedømmes indenfor rammerne af begrebet predatory pricing, og således alene er ulovligt såfremt den effektive salgspris er under AAC. Implicit heri ligger at primary-line diskrimination ikke er et selvstændigt misbrug eller doktrin.

5.3.1 Et yderst begrænset vindue, hvis der kan ske foreclosure

I nyere praksis er der i forlængelse heraf anlagt en meget snæver tilgang til muligheden for at anvende rabatter og prisreduktioner uden for det vindue, som blev opstillet med *Michelin I*, dvs. en omkostningsreduktion hos den dominerende aktør knyttet til den specifikke levering. I *Michelin II* blev et bonussystem knyttet op på aftagernes etablering af en række investeringer i anlægsaktiver og kvalitetsforbedringer, der samlet øgede slutbrugeroplevelsen og muligheden for at levere eftersalgstjenester, fx fundet uforenelige med Artikel 102, litra c.²⁴⁵ Tilsvarende blev muligheden for at realisere en række stordriftsfordele knyttet til en generel øgning af kundebasen som følge af skalaøkonomi mv. afvist som legitimbegrundelse for en prisdumpning i *Wanadoo*²⁴⁶ fra 2003. *Wanadoo* vedrørte prisdumpninger inden for ram-

²⁴⁴ Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig præmis 30 og 37.

²⁴⁵ I *Michelin II* forelå en kombination af forskellige bonusser, rabatter og tying-arrangementer til bedømmelse, der hver især blev fundet uforenelige med Artikel 102. Navnlig bonussen blev dog fremhævet som konkurrencebegrænsende og loyalitetsskabende.

²⁴⁶ Sag COMP/38.233 - *Wanadoo Interactive*, se navnlig pkt. 309, hvor det bemærkes, at "Thus, while the search for scale economies and learning effects may be included among the rational justifications for predatory behaviour, it may not serve to legitimise that practice from the point of view of competition law since it has the effect of conferring a

men af Artikel 102, litra b, og begrebet *predatory pricing*, men afvisningen af at tillægge det betydning, om der eventuelt kunne findes en produktionsøkonomisk begrundelse for prissænkningen, har formentlig generel betydning.

Navnlig *Michelin II* indikerer en meget restriktiv praksis, hvilket synes at være bekræftet med *British Airways*²⁴⁷ fra 2007, hvor EU-Domstolen i realiteten afviste at tillægge det betydning, at den dominerende aktørs markedsandel var faldet fra 46 % til 40 % parallelt med anvendelsen af et diskriminerende rabat- og bonusprogram. *Michelin II* bør dog heller ikke overekspioneres.²⁴⁸ Selv om kriterierne for tildelingen af bonussen synes objektive i *Michelin II*, konkluderede EU-Retten alligevel, at der bestod en diskretionær og subjektiv mulighed hos Michelin til at udøve et pres på forhandlerne til at realisere de opstillede omsætningsmål, hvilket formentlig har været medvirkende til afgørelsens udfald. I præmis 140 noterer EU-Retten, at:

"Det skal bemærkes, at en markedsdominerende virksomheds tildeling af bonusser til en forhandler skal bero på en objektiv økonomisk begrundelse (dommen i sagen Irish Sugar mod EU-Kommissionen...). Bonustildelingen må ikke afhænge af den markedsdominerende virksomheds subjektive vurdering af, om forhandleren har respekteret de forpligtelser, der gav ret til bonussen. Som EU-Kommissionen har understreget det i den anfægtede beslutning (betragtning 251), medførte denne vurdering af, om forpligtelserne var overholdt, at den markedsdominerende virksomhed kunne »lægge et stærkt pres på forhandlere [...] og eventuelt også kunne anvende bonusordningen diskretionært«."

I præmis 244 fremhæves det i forlængelse heraf netop, hvordan forhandleren blev knyttet til Michelin som følge af det opstillede bonussystem, og markedsadgangen derved besværliggjort. Derudover påpeger EU-Retten i præmis 108-109, at der ikke generelt kan henvises til forskellige former for stordriftsfordele og omkostningsreduktioner, men må forudsættes en nærmere konkretisering heraf. Det kan således heller ikke udelukkes, at EU-Retten har tillagt det en vis betydning, at de påståede økonomiske begrun-

more favourable cost structure on the dominant undertaking to the detriment of its competitors." Sagen blev indbragt og stadfæstet af Retten som sag T-340/03 og efterfølgende af EU-Domstolen, som sag C-202/07P.

²⁴⁷ Sag C-95/04 - *British Airways*.

²⁴⁸ Navnlig *Michelin II* er blevet kritiseret som unødvendig restriktiv. Se bl.a. Denis Waelbroeck, *Michelin II: A per se rule against rebates by dominant companies*, Journal of Competition Law and Economics 1 (1), 2005, p. 149-171.

delser for adfærden havde et forholdsvis løst grundlag. Tilsvarende fremhævede EU-Kommissionen i *Wanadoo* parallelt med afvisningen af, at adfærden kunne legitimes under henvisning til effektivitetsforbedringer, at det ikke kunne udelukkes, at disse stordriftsfordele knyttet til en modning af markedet eventuelt kunne være realiseret, uden at konkurrencen og konkurrenterne blev skadet.²⁴⁹ Det må antages, at disse elementer i et eller andet omfang har påvirket nogle af konklusionerne, eventuelt udfaldet.

Sager som *Michelin II*, *Wanadoo* og *British Airways* har dog synliggjort, at der formentlig kun er en meget begrænset adgang til at anvende rabatter og prisreduktioner, der ikke er rent kvantumbaserede, og krone for krone reflekterer en omkostningsreduktion hos den dominerende aktør, hvis dette kan have en diskriminerende karakter.²⁵⁰ Da det er risikoen for foreclosure, som anses for konkurrencebegrænsende ved primary-line-discrimination, må der dog på linie med bedømmelsen af de loyalitetsskabende rabatter kunne opstilles et krav om en reel risiko for en foreclosure, hvilket navnlig er et spørgsmål om, hvorvidt der er sikret plads til, at en lige så effektiv konkurrent kan matche rabatten, jf. nærmere ovenfor. Støtte hertil kan navnlig hentes i EU-Domstolens dom i *Post Danmark I*,²⁵¹ fra 2012. Dels fastslås det at prisdiskrimination ikke i sig selv kan sidestilles med ekskludering og dels, at selektive prissænkninger under ATC, men over de ydelsesspecifikke meromkostninger (AIC), ikke i sig selv kan anses som misbrug.²⁵² Såfremt bedømmelsen vedrører et forholdsvis rent rabatsystem, der ikke indeholder en diskretionær og subjektiv tildelingsadgang som i *Michelin II* er mulighederne formentlig bedre. Dog bør det ikke overses at det i praksis kan være meget vanskeligt at adskille primary og second-line diskrimination. EU-Domstolens dom i *Post Danmark* bedømmer alene det første element, hvilket var en konsekvens af at virksomheden alene anfægtede det ekskluderende (Primary-line diskrimination) element i den underliggende *Post Danmark*

²⁴⁹ Se afgørelsens pkt. 306-309.

²⁵⁰ Navnlig *Michelin II* fremstår som meget restriktivt, ved at forudsætte en egentlig omkostningsreduktion. I den danske sag *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt.163, blev generelle effektivitetshensyn accepteret og i EU sagen sag C-163/99 - *Portugal vs. EU-Kommissionen*, Sml. p. 2613, præmis 52, henviste EU-Domstolen til "tilført aktivitetsvolumen eller eventuelle stordriftsfordele."

²⁵¹ Sag C-209/10 - *Post Danmark vs. Konkurrencerådet*. Se navnlig præmis 30 og 37.

²⁵² Beregningen af de ydelsesspecifikke meromkostninger er jf. præmis 32 og 33 genstand for en række uklarheder i forhold til traditionelt anvendte begreber. Jf. præmis 34 synes det dog accepteret at opgørelsen indholdsmæssigt minder om begrebet *Average Avoidable Cost*, AAC og altså de af EU-Kommissionen anvendte termer.

- *adresseløse forsendelser*. Derimod blev den ”ægte” diskrimination (second-line diskrimination) ikke anfægtede ved domstolene.

5.3.2 Praksis og sektorer med atypiske omkostningsstrukturer

I det omfang en virksomhed har en omkostningsstruktur præget af faldende eller lave marginalomkostninger og betydelige faste omkostninger, vil det ofte være hensigtsmæssigt og nødvendigt for denne at kunne implementere forskellige former for prisdiskrimination, der gør det muligt at udvide den samlede produktion til et niveau, hvor de faste omkostninger kan inddækkes. Endvidere ville dette ikke nødvendigvis medføre en forskydning mellem forbruger- og producentvelfærd²⁵³ og derved føre til et forbrugervelfærdstab. Navnlig ikke hvis diskriminationen gør det muligt og attraktivt at servicere forbrugere og/eller geografiske områder med lavere købekraft.²⁵⁴ Selv en aktør med en markedsandel på 100 % vil derfor ofte have en kommerciel begrundet interesse i at kunne implementere forskellige former for prisdiskrimination. Derudover synes *Michelin II* og ældre praksis at forudsætte, at rabatten reflekterer krone for krone-besparelser og derved, at stor-driftsfordele har en lineær karakter, et forhold der sjældent vil være tilfældet i praksis.²⁵⁵

5.4 Second-line-discrimination

Begrebsmæssigt ligger der i second-line-discrimination to former for konkurrencebegrænsende adfærd omfattende:

- a) forskelsbehandling mellem aktører i et senere omsætningsled (egentlig diskrimination).
- b) begunstigelse af egne (vertikalt integrerede) aktiviteter eller datterselskaber i et senere omsætningsled (foreclosure).

Teoretisk omfatter second-line-discrimination begge typer diskrimination, herunder også diskrimination udøvet af den vertikalt integrerede aktør til fordel for sine egne aktiviteter på det downstream placerede marked. Der-

²⁵³ For nærmere om disse begreber se fx. Simon Bishop & Mike Walker *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2002, p.23-27 og Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 19-22.

²⁵⁴ Se Derek Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, p. 286-303, navnlig p. 287.

²⁵⁵ *Michelin II* og problemstillingen er gennemgået nærmere hos Christian Roques, *CFI Judgement, Case T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v Commission*, ECLR 2004, p. 688-693.

udover er det nærmere teoretiske grundlag for at fordømme second-line-discrimination genstand for visse uklarheder. Såfremt nationalitetsorienteret diskrimination ikke medtages synes EU Kommissionen, at betragte second-line-discrimination som en form for udnyttelse,²⁵⁶ der kun nødtigt forfølges selvstændigt. I modsætning hertil synes der i dansk praksis i højere grad anlagt en socialpolitisk tilgang, der ikke dikter en nærmere analyse af evnen til at forvride konkurrencen downstream.

5.4.1 Forskelsbehandling mellem aktører i et senere omsætningsled

Navnlig den vertikalt integrerede aktørs begunstigelser af et datterselskab eller et koncerninternt aktivitetsområde må dog antages at udgøre et særligt relevant anvendelsesområde for diskriminationsforbuddet i Artikel 102, litra c og KL. § 11, stk. 3, nr. 3, navnlig henset til det begrænsede incitament hos den ikke-vertikalt integrerede aktør til at gøre usaglig forskel på to kunder. Selvom det må antages, at en dominerende aktør ofte vil mangle et reelt incitament til at foretage en usaglig forskelsbehandling af to kunder,²⁵⁷ eksisterer der en række sager, hvor spørgsmålet har foreligget til bedømmelse. I EU-sagen *Portugal vs. EU-Kommissionen*²⁵⁸ blev det fx anset uforeneligt med Artikel 102, litra c, at en rabatordning, der dog havde en lineær og kvantumbaseret karakter, i praksis var indrettet med henblik på at begunstige udvalgte (nationale) luftfartsselskaber. Omvendt blev det dog også fremhævet, at det ikke i sig selv udgjorde et misbrug, at kunderne ikke opnåede identiske rabatter, idet kvantumrabatter implicit ofte ville have en sådan effekt. Afgørende for den nærmere bedømmelse var, i fraværet af en objektiv begrundelse, navnlig, om forskelsbehandlingen havde en selektiv karakter, eller at rabatsatsen ikke steg lineært med mængderne.²⁵⁹ Tilsvarende forelå der i *British Airways*, udover primary-line-discrimination, tillige second-line-discrimination, idet alene kunder (rejsebureauer), som øgede deres salg af British Airways-billetter og derved nåede deres salgsmål blev indrømmet en særrabat. Som et argument til støtte for legitimiteten af denne rabat havde British Airways fremført, at de to kategorier af rejsebureauer ikke kunne sammenlignes set fra en producentvinkel. Argumentet blev dog ikke accepteret, og et misbrug blev herefter statueret.²⁶⁰ Endelig blev det fx i EU-sagen

²⁵⁶ Jf. fx sag COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, pkt. 93.

²⁵⁷ Jf. nærmere hos Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 373.

²⁵⁸ Sag C-163/99 - *Portugal vs. EU-Kommissionen*, Sml. 2001, p- 2613.

²⁵⁹ Se præmis 51-53.

²⁶⁰ Se præmis 136-141.

*Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*²⁶¹ fastslået, at forskelsbehandling af slutbrugerne udgjorde en særlig aggressive form for diskrimination uforeneligt med Artikel 102 og at der i tilknytning hertil ikke kunne opstilles et krav om en *konkurrenceskade*.

Principperne genfindes i dansk praksis. I *Song Networks*²⁶² fra 2004 fordømt Konkurrencerådet en rabat, som var opbygget med progressivt stigende elementer pga. den indbygget tendens til at forskelsbehandle store og små kunder. I forbindelse hermed bemærkes det endvidere at:

”diskrimination i konkurrenceretlig forstand.... kan foreligge i tilfælde, hvor alle store virksomheder behandles ens og alle små virksomheder behandles ens, men store og små virksomheder behandles forskelligt.....”

Som begrundelse for at fordømme adfærden fremføres det herefter i pkt. 227, at:

”Hvis en dominerende udbyder giver større rabatter til store end til små aftagere, vil dette virke fastlåsende på markedsstrukturen. De små aftagere vil jo hermed have højere omkostninger end de store ved at udbyde varer eller tjenester på et afledt marked, og dette vil føre til ulige konkurrence på det afledte marked. Dette er netop tilfældet med TDC Totalløsninger og Song. Hermed kan de store aftagere fastholde deres markedsposition selv om de måtte være mindre effektive end de små aftagere.

Endvidere bemærkes det herefter at det navnlig er akkumulerende rabatter og rabatter, der kun gives på det marginale køb, der kan medføre en uacceptabel second-line-discrimination.

5.4.1.1 Betingelserne følger dog af de almindelige betingelser

En diskriminatorisk forskelsbehandling af to kunder kan dog henføres under Artikel 102, hvis betingelserne oven for i pkt. 6.2.1 er opfyldt, dvs. at forskelsbehandlingen sker i forhold til leveringen af en vare eller en tjeneste med en nødvendig karakter for adgangen til det afledte marked, samtidig med at denne repræsenterer en væsentlig andel af værdien af færdigvareproduktet. Endvidere skal der foreligge en usaglig forskelsbehandling samtidig med at der kan identificeres en konkurrencesituation. I den danske sag *Kla-*

²⁶¹ Sag IV/36.888 – *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 55/5, pkt. 102.

²⁶² *Song Networks’ klager vedr. Erhvervstelemarkedet*, Rådsmødet 28. april 2004, pkt. 226-228.

ge over *Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*²⁶³ blev det fx påpeget, at der var visse forskelle i omkostningerne knyttet til levering af distriktsblade i henholdsvis byerne og på landet. Tilsvarende var en rabat ikke diskriminerende i den danske sag *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*,²⁶⁴ grundet fraværet af en konkurrencesituation mellem skibene. Endelig fremgår det af bl.a. *CPH GO*,²⁶⁵ fra 2011, at eksistensen af en omkostningsmæssig begrundelse kan legitimere diskrimination, mens det mere generelt blev tilkendegivet i *KMD' prisdifferiering overfor kommunal kunder*,²⁶⁶ fra 2013 at forskelsbehandling ikke i sig selv udgjorde et misbrug.

Der forefindes en forholdsvis omfattende dansk praksis omkring rabatter indeholdende diskrimination.²⁶⁷ I *Post Danmark - adresseløse forsendelser*²⁶⁸ blev det fx fastslået, at en anvendt rabatstruktur, der gjorde forskel på kunderne, manglede en objektiv begrundelse og derfor var uforenelig med KL § 11. Ligeledes fandt Konkurrencerådet i *Klage over prisdiskriminering*,²⁶⁹ at det var konkurrencebegrænsende, at et rabatsystem var indrettet således, at alene storkunder kunne opnå adgang hertil, idet dette kunne diskriminere mindre aftagere. Sagen forefindes alene som en kort pressemeddelelse, men indikerer muligvis, at alle forholdsmæssigt skal have adgang til et rabatsystem. Mere eksplicit fremgår fordømmelsen i *Song Networks*²⁷⁰ fra 2004 omkring rabatsystemer, der begunstiger store virksomheder. Nogle af de samme linier må kunne udledes af *Knud Wexøe A/S' vilkår for levering af kabelkanaler*,²⁷¹ hvor en selektiv tilgang til, hvem der blev udpeget som

²⁶³ *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*, Konkurrencestyrelsens brev af 23. marts 1999 til klageren.

²⁶⁴ *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*, Rådsmødet den 26. marts 2003.

²⁶⁵ *Københavns Lufthavne A/S' terms of use for CPH GO*, Rådsmødet 21. December 2011, pkt. 505-562.

²⁶⁶ *KMD' prisdifferiering overfor kommunal kunder*, vejledende udtalelse af 3. april 2013.

²⁶⁷ I modsætning hertil findes der kun enkelte EU sager, hvoraf sag C-95/04 – *British Airways* og sag C-163/99, *Portugal vs. EU-Kommissionen*, Sml. p. 2613, formentlig er de ledende.

²⁶⁸ *Post Danmark - adresseløse forsendelser*, Rådsmødet den 29. september 2004, pkt. 173-185. Se navnlig pkt. 183. Udover second-line-diskrimination forelå der også primary-line-diskrimination.

²⁶⁹ *Klage over prisdiskriminering*, Rådsmødet den 26. august 1998.

²⁷⁰ *Song Networks' klager vedr. Erhvervstelemarkedet*, Rådsmødet 28. april 2004, pkt. 226-228.

²⁷¹ *Knud Wexøe A/S' vilkår for levering af kabelkanaler*, Rådsmødet den 30. august 2000.

grossister og derfor berettiget til grossistrabat, blev indikeret uforenelig med KL § 11. Sagen blev dog lukket på baggrund af en ændring af adfærd, således at en grossistsammenslutning, hvis totale omsætning var mindre end de virksomheder, der hidtil var anerkendt som grossister, kunne opnå en rabat. *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*²⁷² rummer som en bibemærkning afslutningsvis, at et anvendt bonussystem kunne være diskriminatorisk, hvis identiske kunder opnåede forskellige bonusser som følge af et rabatsystem, hvor bonus alene blev indrømmet, hvis forholdsvis høje måltal blev opnået. Bemærkningen optræder nærmest som en bibemærkning. I *LK A/S grossistaftaler*²⁷³ blev synspunktet dog ført igennem da det blev fundet diskriminatorisk, at rabatterne blev koblet til afgivne forudbestillinger. En politik som kunne medføre, at prisen for en konkret efterfølgende levering kunne variere mellem to sammenlignelige aftagere.²⁷⁴

Samlet indikerer (danske) sager som *Knud Wexøe A/S' vilkår for levering af kabelkanaler* og *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt* sammen med *Klage over prisdiskriminering*, samt *LK A/S grossistaftaler*, at udgangspunktet i dansk ret er at alle, i fraværet af en objektiv begrundelse, skal have samme adgang til rabat.²⁷⁵ Rabatterne må i hvert fald ikke jf. *Song Networks* medføre en forskelsbehandling mellem store og små kunder. Baggrunden for den restriktive danske praksis skal formentligt søges i et ønske om at beskytte små og mellemstore virksomheder i konkurrencen mod større virksomheder og disses forventede evner til at forhandle mere attraktive vilkår på plads. Omvendt bør det ikke overses, at denne praksis set fra en velfærdssynsvinkel normalt vil mangle et teoretisk fundament²⁷⁶ samt for så vidt angår kravet om en entydig omkostningsreduktion at repræsentere et forenklet syn på omkostningsbegrebet og ikke mindst evnen til at dokumen-

²⁷² *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*, Rådsmøde den 16. juni 1999.

²⁷³ *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. december 2000.

²⁷⁴ Se pkt. 111.

²⁷⁵ Hvilket navnlig må være en omkostningsreduktion hos den dominerende aktør. *TV 2's priser og betingelser 2000*, Rådsmødet den 29. november 2000 rummer også en bemærkning om, at de anvendte rabatter diskriminerer mindre annoncører i forhold til større, se bl.a. pkt. 4. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens bemærkninger i tilknytning til *Håndværksrådet har trukket sin klage over PBS Multidatas gebyrstigninger tilbage*, Rådsmødet den 24. september 2003, der dog ikke blev ført igennem da klagen blev opgivet, peger i samme retning.

²⁷⁶ Et teoretisk fundament kan evt. hentes i *Song Networks*, hvor det bemærkes at diskrimination kan have en fastlåsende effekt og ødelægge markedsmekanismerne.

tere disse.²⁷⁷ Praksis er dog hverken entydig eller fastholdt konsekvent. I *Klage over ændrede forhandler vilkår for Nilfisk støvsugere*²⁷⁸ blev det anset som foreneligt med konkurrenceloven, at en rabat alene blev indrømmet hvis visse omsætningsmindstemål blev opnået. Sagen foreligger alene som en kort pressemeddelelse, og det er derfor ikke muligt at vurdere grundlaget for Konkurrencerådets beslutning nærmere.²⁷⁹ Derudover må det på baggrund af *Portugal vs. EU-Kommissionen* kunne antages, at det ikke i sig selv udgør et misbrug, hvis større kunder opnår større rabatter end mindre kunder, hvilket tillige fremgår af den danske *KMD' prisdifferiering overfor kommunal kunder*.²⁸⁰ Den sidste er dog ikke en sag, men alene en vejledende udtalelse, der tilmed fundamentalt gør op med forudgående danske praksis, som gennemgået ovenfor. Uanset dette opgør må anses som velkommet, henset til den underliggende teori og EU praksis, er rækkevidden uklar. Det må dog mere generelt kunne antages at diskriminerende rabatter alene fordømmes såfremt de fremstår som usaglige samt ligger indenfor det som normalt anses som diskrimination, dvs. at kunderne kan sammenlignes, og at deres konkurrencesituation skal påvirkes.²⁸¹ Ligesom der skal der mangle en omkostningsmæssig begrundelse for forskelsbehandlingen.²⁸² Endelig fremstår *CPH GO*,²⁸³ fra 2011 som styrende ved at rumme en reel analyse af mærkbarheden, dvs. evnen til at forvride konkurrencen på det sekundære marked. En rabat på DKK 20 anses således, som diskriminerende da den svarer til mellem 34 % og 43 % af bruttoavancen hos kunderne og derfor undgåeligt må kunne forvride konkurrencen mellem disse.

²⁷⁷ Jf. konkurrencelovens §1 er formålet med loven at fremme den virksomme konkurrence til glæde for virksomheder og forbrugere. Henset til formålsbestemmelsen syntes subsumeringen af diskrimination under KL §11 generelt at være "problematiske" medmindre denne har en udnyttende karakter eller markant er egnet til at forvride konkurrencen.

²⁷⁸ *Klage over ændrede forhandler vilkår for Nilfisk støvsugere*, Rådsmødet den 25. februar 1998.

²⁷⁹ Afgørelsen synes dog afgjort efter KL § 6, da Nilfisk næppe kan anses for dominerende.

²⁸⁰ *KMD' prisdifferiering overfor kommunal kunder*, vejledende udtalelse af 3. april 2013.

²⁸¹ Jf. nærmere ovenfor pkt. 6.2.1 kan der dog ikke entydigt opstilles et krav om en konkurrencesituation, bl.a. da EU konkurrenceretten (muligvis) tillige omfatter diskrimination rettet direkte mod slutbrugerne.

²⁸² I den danske sag *Nissan Motor Danmark A/S indfører nye rabatbetingelser*, Rådsmødet den 28. August 2002, blev det fx antaget at overgangen til ugeordre kunne berettige indrømmelsen af en rabat.

²⁸³ *Københavns Lufthavne A/S' terms of use for CPH GO*, Rådsmødet 21. December 2011, pkt. 485.

5.4.2. Begunstigelse af egne aktiviteter og interesser

Mens der teoretisk kan spores visse problemer med entydigt at betegne den ikke-vertikalt integreret aktørs diskrimination som konkurrencebegrænsende, er der noget større konsensus om identifikationen af et behov for at kunne inddæmme forsøg på at begunstige egne eller koncernforbundne aktivitetsområder eller interesser på et afledt marked. Ligeledes må diskriminationsforbuddet i Artikel 102, litra c og KL § 11, stk. 3, nr. 3, ikke kunne omgås igennem implementeringen af en vertikal integration.²⁸⁴ De grundliggende betingelser skal dog fortsat være opfyldt, dvs. at forskelsbehandlingen sker i forhold til leveringen af en vare eller en tjeneste med en nødvendig karakter for adgangen til det afledte marked, samtidig med at denne repræsenterer en væsentlig andel af værdien af færdigvareproduktet. Derudover bør det ikke overses, at den økonomiske teori ikke yder støtte til ubetinget at antage, at den vertikalt integrerede aktør har et reelt incitament til at udøve usaglig forskelsbehandling.²⁸⁵

I praksis har forskellige former for diskrimination rettet mod at begunstige egne aktiviteter på et afledt marked foreligget til bedømmelse i EU-sager som *Deutsche Bahn*,²⁸⁶ fra 1997 og *Clearstream*,²⁸⁷ fra 2004. Selvom ingen af sagerne vedrørte tildelingen af rabatter viser disse dog at en prispolitik, der begunstiger koncernforbundet selskaber, vil kunne blive ramt af forældommelse under Artikel 102 og KL § 11. Mere entydigt i forhold til rabatter var den danske *Song Networks*²⁸⁸ fra 2004, hvor en rabat var indrettet således at store kunder blev indrømmet større rabatter end små kunder. Den største kunde var endvidere selskabets (TDC) egen vertikalt integreret aktivitetsområde, hvilket fremhæves, men ikke direkte synes at have styret rets anvendelsen.

²⁸⁴ Se fx John Temple Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities*, Fordham Corporate Law Institute, 1994, p. 280, hvor det påpeges, at den dominerende aktør ikke skal kunne unddrage sig diskriminationsforbuddet ved at organisere sig med en intern afdeling frem for et datterselskab. Damien Geradin og Nicolas Petit, *Price Discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case Approach*, GCLC Working Paper 07/05, p. 33, argumenterer dog for, at adfærden burde subsumeres under Artikel 102, litra b.

²⁸⁵ Jf. Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 341 og p. 373.

²⁸⁶ Sag T-229/94 - *Deutsche Bahn AG*, Sml. 1997, p. II-1689. Sagen var den retlige prøvelse af sag 33.941 - *HOV SVZ/MCN*, EFT 1994L 104/34.

²⁸⁷ Sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*.

²⁸⁸ *Song Networks' klager vedr. Erhvervstelemarkedene*, Rådsmødet 28. april 2004, pkt. 221.

5.5. Nationalitetsorienteret diskrimination

Som allerede påpeget eksisterer der en EU-praksis, der "problematiserer" nationalitetsorienteret og geografisk diskrimination. Dette omfatter bl.a. sager som *Corsica Ferries*,²⁸⁹ hvor lodsforeningen i Genova havn, som havde eneret til at levere lodstjenester, havde implementeret tariffer, der begünstigede skibe, der sejlede under italiensk flag. EU-Domstolen fastslog på baggrund af det forelagte præjudicielle spørgsmål, at den udviste adfærd var uforenelig med Artikel 106, jf. Artikel 102, litra c. Parallelle eksempler på forsøg på at begünstige nationale eller lokale selskaber igennem diskrimination kan findes i EU-sager som *Bruxelles-National lufthavnen*²⁹⁰ og *Portugisiske lufthavne*,²⁹¹ der vedrørte landingsafgifterne i lufthavne samt de to danske afgørelser *forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*,²⁹² og *fastlæggelse af færgetakster*.²⁹³ I de to sidste havde færge-selskaberne ved henholdsvis Samsø og Læsø ønsket at reducere taksterne for lokale erhvervskøretøjer igennem indrømmelsen af en rabat til disse. Konkurrencerådets oprindelige afgørelse i *Aalborg Portlands cementpriser*²⁹⁴ rummer samme aspekt, idet det oprindeligt blev fundet uforeneligt med KL § 11, at Aalborg Portland beregnede en højere pris for cement, der blev solgt til hjemmemarkedet, end det som blev eksporteret. Afgørelsen blev dog senere trukket tilbage af Konkurrencerådet.

En særlig aggressiv form for diskrimination under EU-praksis består i at udøve diskrimination direkte overfor slutbrugerne, jf. *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*.²⁹⁵ I forbindelse med en begünstigelse af franske fodboldfans ved salget af billetter til VM i 1998 fandt EU-Kommissionen det således irrelevant, at der ikke kunne antages at være sket en konkurrenceskade, når diskriminationen var rettet direkte mod slutbrugerne. Dansk praksis, afviger, uanset princippet om EU konformitet herfra. I *Prisdiskrimination på*

²⁸⁹ Sag C-18/93 - *Corsica Ferries Italia Srl vs. Corpo Dei Piloti Del Porto Di Genova*, Sml. 1994, p. I-1783, se navnlig præmis 45.

²⁹⁰ Sag 95/364/EF: *EU-Kommissionens beslutning af 28. juni 1995 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 90, stk. 3 (Bruxelles-National lufthavnen)*, EFT 1995L 216/8

²⁹¹ Sag IV/35.703 - *portugisiske lufthavne*, EFT 1999L 69/31

²⁹² *Forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*, Rådsmøde den 26. maj 1999

²⁹³ *Fastlæggelse af færgetakster*, Rådsmøde den 16. december 1998

²⁹⁴ *Aalborg Portlands cementpriser*, Konkurrencerådets møde den 17. juni 1998 og den 28. oktober 1998.

²⁹⁵ I sag IV/36.888 – *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 55/5, se navnlig pkt. 102.

Århus Sporvejes abonnementskort,²⁹⁶ der dog alene foreligger som en vejledende udtalelse, blev det således fundet foreneligt med KL § 11, at brugere bosiddende i Århus Kommune fik en reduktion i prisen for et rabatkort til Århus Sporveje svarende til kommunes tilskud til Århus Sporveje. Som begrundelse for sin vurdering anførte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at rabatten alene medførte en indkomstforskydning, men ikke nogen begrænsning af konkurrencen. I dansk praksis er det altså alene diskrimination, der rammer "virksomheder", som udgør et misbrug,²⁹⁷ hvilket jf. EU-Kommissionens tilgang til *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, afviger fra EU praksis.

Det kan overvejes, om diskrimination med et overvejende geografisk, evt. nationalitetsmæssigt, islæt bør subsumeres under Artikel 102.²⁹⁸ En mere korrekt henføring ville formentligt være Indre Markedsreglerne.²⁹⁹ Som konsekvens heraf fremstår dansk praksis, teoretisk, mere "korrekt" end EU-praksis, hvilket endvidere understreges af at den underliggende økonomiske teori, ofte ikke vil identificere et samfundsøkonomisk velfærdstab knyttet til en diskrimination rettet mod slutbrugere.³⁰⁰ Både teoretisk og praktisk, eksisterer der derfor en noget speciel dansk retsstilling, idet en afgørelse som *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort* på den ene side er i overensstemmelse med konkurrencelovens ene retskilde, *den økonomiske teori*, men uforenelig med den anden, *EU retten*.

5.6. Problemerne med entydigt at fordømme diskriminerende rabatter

Selv om gennemgang af diskriminationsspørgsmålet ret entydigt indikerer en meget snæver adgang hertil under Artikel 102 og KL § 11, består der fortsat en række centrale uklarheder.

- a) For det første er det ikke evident, at prisdiskrimination i form af (selektive) rabatter generelt kan og bør anses for konkurrencebegrænsende og

²⁹⁶ *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*, brev til Århus Sporveje af 9. februar 1999.

²⁹⁷ I overensstemmelse hermed blev et "problem" identificeret i de danske sager *Forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*, Rådsmøde den 26. maj 1999 og *Fastlæggelse af færgetakster*, Rådsmøde den 16. december 1998, idet alene lokale virksomheder skulle nyde godt af takstreduktionen.

²⁹⁸ Se nærmere herom hos fx Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 493.

²⁹⁹ Jvf. bl.a. Damien Gerardin, *Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research papers on Article 82 EC, p. 132.

³⁰⁰ Se nærmere herom hos fx Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 493.

derved overhovedet omfattes af Artikel 102 og KL § 11. For ikke-dominerende aktører vil det som udgangspunkt være velfærdsmaksimerende at kunne prisdiskriminere mellem markeder og kunder, således at der prissættes med udgangspunkt i den enkelte kundes prisfølsomhed. Retspraksis synes også at have indrømmet dominerende aktører visse muligheder herfor.³⁰¹ I en række situationer må det dog mere generelt antages at være velfærdsmaksimerende, hvis (også) dominerende aktører mere entydigt indrømmes adgang til at diskriminere. Evnen til at tilbyde reducerede priser selektivt til kunder med begrænset købekraft kan være et instrument til også at servicere disse samt i tilknytning til en omkostningsstruktur præget af betydelige faste omkostninger og lave marginalomkostninger, et instrument til at få inddækket de faste omkostninger samt at sikre det almene udbud. Endvidere kan et generelt forbud mod diskrimination og rabatter direkte være konkurrencebegrænsende, hvis det fx fremmer allerede eksisterende tendenser til collusion. Teoretisk har det dog vist sig meget vanskeligt at trække en forholdsvis entydig grænse mellem den konkurrencefremmende og konkurrenceskadelige diskrimination og derved bibringe en vis sammenhæng til praksis.

- b) For det andet synes praksis omkring Artikel 102, litra c, og KL § 11, stk. 3, nr. 3 ikke at opstille et krav om en konkurrenceskadelig effekt, et traditionelt krav knyttet til anvendelsen af Artikel 102 og KL § 11. Den manglende konkurrenceskadelige effekt er mest tydelig i forhold til den del af dansk praksis, der synes at beskytte små og mellemstore virksomheder ved at forbyde, at større virksomheder indrømmes bedre rabatter alene som følge af deres større forhandlingsstyrke. Som følge heraf synes bestemmelsen snarere end at beskytte konkurrencen at have karakter af en beskyttelse af det indre marked for så vidt angår EU-retten og små og mellemstore virksomheder for så vidt angår dansk ret. Nyere praksis har dog muligvis blødt op herpå.
- c) For det tredje synes diskriminationsforbuddet udvidet udover den umiddelbare sproglige forståelse heraf ved også at omfatte adfærd rettet mod at ekskludere en konkurrent til den dominerende aktør (ekskluderende diskrimination) samt forskellige former for national og geografisk betinget diskrimination. Som konsekvens heraf fremstår der ikke alene en betydelig uklarhed i forhold til rækkevidden af diskriminationsforbuddet

³⁰¹ Se fx sag C-27/76 - *United Brand*, præmis 228 og sag T-229/94 - *Deutsche Bahn*, præmis 91.

i Artikel 102 og KL § 11, samt den tilknyttede behandling af rabatter. Der består også en risiko for, at misbrugsformer, der rettelig har karakter af overpriser eller prisdumpninger, bliver forfulgt som diskriminationsager og eventuelt fordømt som sådanne, idet betingelserne for at henføre en adfærd under Artikel 102 er ”mindre restriktive” efter dette begreb end fx predatory pricing.³⁰² I nyere dansk praksis er der dog set eksempler på en absorbering, således at en diskriminerende adfærd med et ekskluderende loyalitetsэлемент ikke blev anset som et nyt og selvstændigt misbrug men derimod bedømt sammen med loyalitetsэлементet.³⁰³

- d) For det fjerde mangler der et teoretisk fundament for visse dele af diskriminationsforbuddet samtidig med at dansk- og EU-praksis syntes at afvige, både fra hinanden og fra den underliggende økonomiske teori. Fraværet af et teoretisk fundament vedrører både den danske praksis knyttet til beskyttelsen af små og mellemstore virksomheder, evt. tillige den danske tradition for at anvende konkurrencelovens § 6, og EU-praksis, hvor diskrimination af slutbrugerne fremhæves som uforeneligt med Artikel 102. Der kan opstilles socialpolitiske argumenter for at anse begge diskriminationsformer for uacceptable. Der kan dog kun i begrænset omfang opstilles velfærdsøkonomiske argumenter, hvortil kommer at afvigelser mellem dansk- og EU-praksis er uheldige. Nyere tilkendegivelser indiker dog muligvis en tilpasning af dansk praksis til EU i forhold til bedømmelsen af rabatter, som alene indrømmes større kunder.
- e) For det femte synes der at eksistere en ”uenighed” mellem den økonomiske (teori) og den juridiske (praksis) og hvordan rigtig diskrimination skal bedømmes. Som en form for udnyttelse eller en usaglig forskelsbehandling.

Uklarhederne bidrager til problemet med at skabe en sammenhængende praksis, og kunne navnlig elimineres såfremt EU-Kommissionen udsendte sine retningslinjer for diskriminerende adfærd. Et initiativ, som dog synes mindre og mindre sandsynligt.

³⁰² Se Philip Andrews, *Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach*, ECLR 1998, p. 49-57 for nærmere herom.

³⁰³ Se fx *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks priser og vilkår for magasinpost*, Rådsmødet den 30. august 2007, pkt. 440. Synspunktet synes velovervejet og korrekt.